

**THE GRADUATE INSTITUTE** | GENEVA

INSTITUT DE HAUTES ÉTUDES  
INTERNATIONALES ET DU DÉVELOPPEMENT

GRADUATE INSTITUTE OF INTERNATIONAL  
AND DEVELOPMENT STUDIES

***Le concept d'indérogeabilité en droit international:  
Une analyse fonctionnelle***

THESE  
présentée à l'Institut de Hautes Etudes  
Internationales et du Développement  
pour l'obtention du grade de  
Docteur en Etudes internationales  
Spécialisation en droit international

Par

**Delphine HAYIM  
(Genève, Suisse)**

Thèse N° 962

Genève  
2012







***Le concept d'indérogeabilité en droit international:  
Une analyse fonctionnelle***



INSTITUT DE HAUTES ETUDES INTERNATIONALES ET DU DEVELOPPEMENT  
GRADUATE INSTITUTE OF INTERNATIONAL AND DEVELOPMENT STUDIES

***Le concept d'indérogeabilité en droit international:  
Une analyse fonctionnelle***

**Vol. I**

THESE  
présentée à l'Institut de Hautes Etudes  
Internationales et du Développement  
pour l'obtention du grade de  
Docteur en Etudes internationales  
Spécialisation en droit international

Par

**Delphine HAYIM  
(Genève, Suisse)**

Thèse N° 962

**Genève  
2012**



**Delphine Olivia HAYIM**

Sur le préavis de M. Andrea BIANCHI, professeur à l'Institut et co-directeur de thèse, de M. Vincent CHETAIL, professeur adjoint à l'Institut et co-directeur de thèse, de M. Andrew CLAPHAM, professeur à l'Institut et membre interne du jury, et de M. Théodore CHRISTAKIS, professeur, faculté de droit, Université de Grenoble, France et expert extérieur, le directeur de l'Institut de hautes études internationales et du développement autorise l'impression de la présente thèse sans exprimer par là d'opinion sur son contenu.

*Le dépôt officiel du manuscrit, en 7 exemplaires, doit avoir lieu au plus tard le 13 décembre 2012.*

Genève, le 27 novembre 2012

Philippe Burrin  
Directeur

Thèse N° 962



## **RESUME/ABSTRACT**

**(1700 caractères maximum espaces compris)**

Titre de la thèse/ Title of the thesis: Le concept d'indérogeabilité en droit international: Une analyse fonctionnelle/ The concept of non-derogability in international law: a functional analysis

Le concept d'indérogeabilité en droit international, bien que fréquemment usité dans le discours juridique, n'a été que rarement examiné de manière rigoureuse et systématique. Les normes, qui ne souffrent d'aucune dérogation, se retrouvent dans divers domaines du droit. Ce travail repose sur l'étude de trois piliers dans lesquels cette catégorie normative semble jouer un rôle important: le jus cogens, le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire et finalement, le droit de la Charte des Nations Unies à travers l'analyse de son article 103. L'indérogeabilité est ici traitée selon une perspective fonctionnelle. Cette thèse part de l'hypothèse que le droit, comme toute institution sociale, remplit des fonctions au sein de la société qu'il vise à réguler. L'approche tentant d'appréhender les fonctions remplies par l'indérogeabilité au sein du système international est également motivée par l'absence de critères généraux permettant de définir avec exactitude les normes appartenant à cet ensemble. L'indérogeabilité est un concept élastique, dont l'application concrète variera selon l'instance qui se prononce et les circonstances de l'espèce. L'objectif de cette thèse est de comprendre si le concept est employé uniquement pour désigner des phénomènes juridiques hétérogènes ou s'il constitue une notion (quasi)-unitaire dotée de fonctions identifiables et réelles, indépendamment du domaine où l'indérogeabilité déploie ses effets. A défaut de pouvoir classer les normes indérogeables dans un cadre stricte, ce travail procédera à une reconstruction de l'indérogeabilité au travers de ses fonctions, tant juridiques qu'extra-juridiques.

The concept of non-derogability in international law is frequently referred to in the legal debate. However, it has rarely been examined in a rigorous and systematic manner. Norms that are not subject to derogations can be found in different domains of international law. This thesis is based on the study of three pillars that are particularly relevant to this normative category: norms of jus cogens; international human rights law and international humanitarian law; and, finally, United Nations Charter law (through an analysis of article 103). Here, non-derogability is examined from a functional perspective. This thesis begins with the hypothesis that law (like other social institutions) fulfils a number of essential functions any society it seeks to regulate. This study—which attempts to understand the functions played by non-derogability in the international legal system—is also motivated by the fact that it has proven difficult to identify general criteria which define the material content of this specific category of norms. Non-derogability is an elastic concept, the application of which will vary according to the ruling authority and the circumstances of the case. The primary objective of this work is to understand whether the concept is only used to designate heterogeneous legal phenomena or whether non-derogability represents a (quasi)-unitary concept that is endowed with identifiable and real functions, regardless of the domain in which it produces its effects. Being unable to classify non-derogable norms in a rigid framework, the thesis will proceed to a reconstitution of the concept of non-derogability through its legal and extra-legal functions.



# *Le concept d'indérogeabilité en droit international: Une analyse fonctionnelle*

LISTE DES ABRÉVIATIONS.....	- 1 -
REMERCIEMENTS.....	- 3 -

## CHAPITRE I. INTRODUCTION, UNE APPROCHE FONCTIONNELLE D'UN CONCEPT ÉNIGMATIQUE ..... - 5 -

A. CADRE THÉORIQUE ET CONCEPTUEL.....	- 5 -
1. <i>Remarques liminaires</i> .....	- 5 -
2. <i>Qu'est-ce qu'un concept ?</i> .....	- 8 -
3. <i>Une approche fonctionnelle du concept</i> .....	- 11 -
a. Objectifs de la démarche.....	- 11 -
b. Hypothèses sur les fonctions de l'indérogeabilité en droit international.....	- 13 -
4. <i>Précisions sémantiques et terminologiques</i> .....	- 18 -
a. L'indérogeabilité, un concept mystérieux?.....	- 18 -
b. Déroger et dérogations.....	- 21 -
c. Concepts connexes.....	- 24 -
i. Normes impératives.....	- 24 -
ii. Normes et droits absolus, indivisibles, intangibles et inaliénables.....	- 26 -
iii. Normes indérogeables et normes intransgressibles.....	- 29 -
d. Remarques sur l'importance de la rhétorique.....	- 31 -
B. IDENTIFICATION DES DOMAINES ET MOTIFS SOUS-TENDANT LA SÉLECTION.....	- 33 -
1. <i>Exclusion de certains domaines</i> .....	- 33 -
2. <i>Identification des trois piliers</i> .....	- 34 -
a. <i>Jus cogens</i> ou les normes impératives du droit international général (II).....	- 35 -
b. Le droit international visant la protection de la personne humaine: droit international des droits de l'homme et droit international humanitaire (III).....	- 37 -
c. La Charte des Nations Unies et son article 103 (IV).....	- 41 -
C. MÉTHODOLOGIE EMPLOYÉE, PRÉSENTATION DU PLAN ET INDICATIONS BIBLIOGRAPHIQUES.....	- 45 -

## CHAPITRE II. L'INDÉROGEABILITÉ ET LES NORMES DE *JUS COGENS*..... - 51 -

INTRODUCTION.....	- 51 -
A. LE <i>JUS COGENS</i> ET LE DROIT INTERNATIONAL.....	- 54 -
1. <i>Origines</i> .....	- 54 -
a. Aspects généraux.....	- 54 -
b. <i>Jus cogens</i> et le droit naturel.....	- 56 -
c. <i>Jus cogens</i> et positivisme.....	- 58 -
2. <i>Développement de la notion</i> .....	- 59 -
a. Ordre public interne, ordre public international et <i>jus cogens</i> .....	- 59 -
b. Apparition d'un réel <i>jus cogens</i> international.....	- 63 -
c. Illustrations et applications avant 1969.....	- 67 -
i. Jurisprudence internationale.....	- 67 -
ii. Jurisprudence nationale.....	- 71 -
iii. Traités.....	- 72 -
iv. Pratique étatique.....	- 73 -
B. ÉVOLUTION DU <i>JUS COGENS</i> AVEC L'ADOPTION DE LA CONVENTION DE VIENNE.....	- 75 -
1. <i>Le jus cogens, tel que défini dans la CVDT</i> .....	- 75 -
a. Historique, débats et travaux préparatoires.....	- 75 -
b. Les articles 53 et 64, termes et effets.....	- 80 -
i. Une norme impérative de droit international général.....	- 80 -
ii. Acceptation et reconnaissance par la communauté internationale dans son ensemble.....	- 82 -
iii. Caractère indérogeable, attribut ou effet ?.....	- 84 -
iv. Sanction: la nullité de tout acte conventionnel contraire.....	- 85 -
v. Évolution et modification des règles de <i>jus cogens</i> : une notion non immuable.....	- 87 -
vi. L'article 64, ou <i>jus cogens</i> superveniens: corollaire logique de l'article 53.....	- 88 -

c. Incertitude du contenu matériel des normes de <i>jus cogens</i> .....	- 90 -
i. Echec dans la recherche d'une classification unitaire des normes de jus cogens .....	- 90 -
ii. Critères d'identification .....	- 95 -
d. Application par les organes judiciaires et arbitraux: prudence et réticence .....	- 101 -
i. Rôle des juges dans l'appréciation et l'interprétation .....	- 101 -
ii. Illustrations jurisprudentielles.....	- 103 -
iii. Pratique non-judiciaire.....	- 107 -
e. Obstacles au caractère opératoire du <i>jus cogens</i> .....	- 109 -
i. L'article 65 de la CVDT comme un obstacle à la mise en œuvre du jus cogens.....	- 109 -
ii. La base consensuelle de la juridiction internationale, aspects matériels et procéduraux du jus cogens .....	- 111 -
2. <i>Conséquences et effets juridiques: une extension au-delà du droit des traités</i> .....	- 113 -
a. Une extension dans un but symbolique et par souci d'efficacité .....	- 114 -
b. Une extension <i>ratione materiae</i> .....	- 117 -
c. Applications concrètes.....	- 120 -
i. Droit de la responsabilité internationale des Etats .....	- 121 -
ii. Jus cogens et adaptation des lois internes: le cas de la Suisse.....	- 123 -
iii. Jus cogens et immunités souveraines de l'Etat et de ses agents.....	- 124 -
iv. Jus cogens et compétence universelle .....	- 134 -
C. LES RAPPORTS ENTRE LE JUS COGENS ET LA NOTION D'INDÉROGEABILITÉ, ENTRE LA QUALITÉ DE LA NORME ET SES CONSÉQUENCES, ENTRE SA NATURE ET SON EFFET .....	- 136 -
D. LE JUS COGENS ET L'INDÉROGEABILITÉ, PLURALITÉ ET DIVERSITÉ DES FONCTIONS.....	- 140 -
1. <i>Distinction entre la fonction de l'indérogeabilité dans le cadre conventionnel et hors du cadre du droit des traités: un outil interprétatif</i> .....	- 141 -
2. <i>Fonction symbolique et imposition de valeurs</i> .....	- 142 -
a. Outil de cohésion axiologique et de promotion de valeurs communautaires .....	- 142 -
b. Le <i>jus cogens</i> , les obligations <i>erga omnes</i> et les « anciens crimes » de droit international, comme porteurs et garants des aspirations collectives .....	- 147 -
i. Obligations <i>erga omnes</i> et jus cogens .....	- 148 -
ii. Obligations <i>erga omnes</i> , applications .....	- 152 -
iii. Crimes internationaux et jus cogens .....	- 154 -
3. <i>Fonction de hiérarchisation et constitutionnalisation du droit international</i> .....	- 157 -
a. Le <i>jus cogens</i> comme un ensemble de normes constitutionnelles indérogeables .....	- 157 -
b. Prosper Weil et la peur d'une normativité graduée .....	- 161 -
4. <i>Fonction de rationalisation et de structuration</i> .....	- 162 -
a. Le <i>jus cogens</i> comme un facteur favorisant la stabilité .....	- 162 -
b. Le <i>jus cogens</i> , outil répressif et dissuasif .....	- 164 -
5. <i>Fonction technique</i> .....	- 165 -
a. Le <i>jus cogens</i> comme une technique de résolution des conflits normatifs.....	- 165 -
b. <i>Jus cogens</i> et protection de l'intégrité des régimes juridiques.....	- 167 -
6. <i>Fonction d'exception à la logique traditionnelle</i> .....	- 168 -
a. Le <i>jus cogens</i> comme représentant d'un nouveau droit international .....	- 168 -
b. Théorie des sources et <i>jus cogens</i> .....	- 170 -
c. <i>Jus cogens</i> et la place de l'individu en droit international .....	- 175 -
7. <i>Conclusions</i> .....	- 176 -

### **CHAPITRE III. LE DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME ET LE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE: DEUX CONCEPTIONS DE L'INDÉROGEABILITÉ AU SERVICE DE LA DIGNITÉ HUMAINE..... - 179 -**

A. INDÉROGEABILITÉ, DROITS DE L'HOMME INDÉROGEABLES ET DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE COMME UN CORPUS INDÉROGEABLE .....	- 179 -
B. DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME ET LE CONCEPT D'INDÉROGEABILITÉ OU L'APPARITION D'UN ENSEMBLE DE DROITS ET DE LIBERTÉS « PLUS » ESSENTIEL.....	- 195 -
<i>Introduction</i> .....	- 198 -
1. <i>Distinction entre les diverses catégories de droits de l'homme au sein des conventions internationales</i> ..	- 207 -
a. Le mécanisme dérogoire.....	- 208 -
i. Définition et justifications.....	- 208 -
ii. Le mécanisme de dérogation: conditions de mise en œuvre .....	- 215 -
iii. Dérogations et autres techniques conventionnelles d'accommodation .....	- 220 -
iv. Illustrations .....	- 230 -
b. Absence de clause dérogoire et valeur coutumière du mécanisme et de ses conditions d'application.....	- 235 -
c. Nature spécifique des clauses dérogoires, droit international des traités et droit de la responsabilité internationale des Etats .....	- 242 -
2. <i>Identification des droits de l'homme indérogeables</i> .....	- 250 -
a. Les droits indérogeables, aperçu général .....	- 251 -

i. Les droits indérogeables: examen des listes conventionnelles .....	- 251 -
ii. Diversité des régimes: des droits relatifs ou existence d'un irréductible indérogeable? .....	- 257 -
iii. Approche critique des listes conventionnelles .....	- 261 -
b. Critères d'identification.....	- 262 -
i. Valeur protégée et contenu matériel, les facteurs internes .....	- 262 -
ii. Importance du droit pour la cohérence du système.....	- 264 -
iii. Immédiateté de la mise en œuvre.....	- 265 -
iv. Caractère non-nécessaire de la dérogation .....	- 266 -
v. Vulnérabilité accrue du droit en cause pendant une situation de crise .....	- 266 -
vi. Les droits démocratiques .....	- 267 -
vii. Gravité et impact de la violation.....	- 268 -
viii. Appréciation par les organes internationaux .....	- 269 -
c. Statut juridique: des droits indérogeables purement conventionnels? .....	- 269 -
3. <i>Tendance à une expansion continue de la catégorie des droits de l'homme indérogeables</i> .....	- 272 -
a. Causes et implications .....	- 272 -
b. Applications pratiques et rôle des organes de contrôle.....	- 274 -
i. Les garanties procédurales et judiciaires.....	- 274 -
ii. Le principe d'interdiction de toute discrimination .....	- 282 -
iii. Les nouveaux domaines et les domaines sous-estimés: aperçu général.....	- 286 -
4. <i>Fonctions de l'indérogeabilité dans le domaine des droits de l'homme</i> .....	- 291 -
a. Un mécanisme d'exception au sein d'un corpus exceptionnel .....	- 291 -
i. Place de l'individu en droit international .....	- 292 -
ii. Nature des traités en matière de protection des droits humains.....	- 294 -
iii. Réserves et pouvoir de dénonciation .....	- 300 -
iv. Droits de l'homme, obligations erga omnes et erga omnes partes .....	- 311 -
b. Fonction de hiérarchisation des droits de l'homme indérogeables .....	- 315 -
i. Une hiérarchie interne: l'indérogeabilité comme une cause ou un simple indice du caractère fondamental du droit ...	- 315 -
ii. Violation des obligations, fait illicite, crime et responsabilité .....	- 320 -
iii. Droits de l'homme indérogeables et jus cogens: entre interdépendance et confusion.....	- 323 -
iv. Hiérarchie entre le domaine des droits de l'homme et les autres branches du droit international? .....	- 330 -
c. Fonction de rationalisation et de priorisation de l'indérogeabilité.....	- 336 -
d. Indérogeabilité et fonction symbolique .....	- 338 -
5. <i>Conclusion: signification de l'indérogeabilité dans le domaine du droit international des droits de l'homme</i> ..	- 340 -
C. LE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE COMME UN CORPUS JURIDIQUE INDÉROGEABLE, ENTRE LE MYTHE ET LES RÉALITÉS DE LA GUERRE .....	- 345 -
<i>Introduction</i> .....	- 345 -
1. <i>Origines et développement du droit international humanitaire: d'un droit interétatique à une humanisation progressive</i> .....	- 348 -
2. <i>Une indérogeabilité inhérente? Caractéristiques et traits distinctifs du droit international humanitaire</i> ..	- 353 -
a. Fondements extra-juridiques du droit international humanitaire .....	- 353 -
b. Le DIH comme un droit non-synallagmatique et extra-conventionnel.....	- 355 -
c. Le droit des conflits armés, un équilibre entre nécessité militaire et humanité.....	- 356 -
d. Raisons logiques et intérêts des belligérants .....	- 361 -
3. <i>Fondements juridiques et limites de l'indérogeabilité du droit international humanitaire</i> .....	- 363 -
a. Généralités.....	- 363 -
i. Rhétorique de l'absolu .....	- 363 -
ii. Exclusion de la réciprocité.....	- 365 -
iii. La distinction entre le jus in bello et le jus ad bellum .....	- 369 -
iv. Des limitations et des exceptions expressément et exhaustivement prévues.....	- 371 -
b. Dispositions spécifiques.....	- 374 -
i. L'article 1 commun aux CG: l'obligation de respecter et de faire respecter .....	- 374 -
ii. L'interdiction de conclure des accords contraires: les articles 6/6/6/7 des CG .....	- 380 -
iii. Le caractère inaliénable des droits des personnes protégées: les articles 7/7/7/8 des CG et 11§2 du PAI .....	- 383 -
iv. Prohibition des représailles .....	- 385 -
v. Responsabilité internationale: la double sanction .....	- 392 -
4. <i>Introduction d'une gradation entre les normes de droit international humanitaire</i> .....	- 403 -
a. La Clause de Martens ou « <i>the bone structure in a living body, providing guidelines in unforeseen cases and constituting a complete summary of the whole</i> » .....	- 404 -
b. Principes intransgressibles et cardinaux, considérations élémentaires d'humanité .....	- 410 -
c. L'article 3 commun aux Conventions de Genève, un minimum indérogeable?.....	- 414 -
d. Violations, violations graves, infractions graves et crimes de guerre .....	- 420 -
i. Définitions .....	- 420 -
ii. Régimes juridiques des infractions graves et des crimes de guerre.....	- 423 -
iii. Infractions graves et crimes de guerre, introduction d'une hiérarchie? .....	- 428 -
e. DIH, jus cogens, obligations erga omnes et article 103: des indérogeabilités diverses .....	- 429 -

i. DIH, jus cogens et obligations erga omnes .....	- 430 -
ii. DIH et article 103 de la Charte des Nations Unies.....	- 433 -
5. <i>Fonctions de l'indérogeabilité en droit international humanitaire</i> .....	- 437 -
a. Fonction symbolique et fonction morale .....	- 437 -
b. Renforcement d'un ensemble juridique à caractère exceptionnel.....	- 439 -
c. Fonctions préventive, dissuasive et répressive .....	- 440 -
d. Le DIH comme une <i>lex specialis</i> spéciale .....	- 441 -
i. Droit international humanitaire et droit des traités.....	- 442 -
ii. Droit international humanitaire et droit de la responsabilité .....	- 443 -
iii. Une <i>lex specialis</i> aux droit international des droits de l'homme.....	- 444 -
6. <i>Conclusion: une indérogeabilité idéalisée à dimension variable</i> .....	- 450 -
a. Un ensemble juridique tributaire des personnes et des situations .....	- 451 -
b. Un ensemble juridique tributaire de l'interprétation.....	- 453 -
c. Un droit de compromis: un équilibre instable?.....	- 457 -
d. Réserves, dénonciation et objection .....	- 459 -
e. L'extension du champ d'application des règles du droit international humanitaire, une tendance commune aux catégories indérogeables .....	- 461 -
f. Le droit international humanitaire et la coutume .....	- 464 -

## CHAPITRE IV. L'ARTICLE 103 DE LA CHARTE DES NATIONS UNIES, UN VECTEUR D'INDÉROGEABILITÉ .....

INTRODUCTION.....	- 471 -
A. L'ARTICLE 103: APERÇU GÉNÉRAL.....	- 474 -
1. <i>Ancêtre, travaux préparatoires et pertinence dans le système juridique international actuel</i> .....	- 474 -
a. L'article 20 du Pacte de la Société des Nations .....	- 474 -
i. Aperçu de l'article 20.....	- 474 -
ii. Emplois pratiques .....	- 475 -
iii. Les spécificités de l'article 20 du Pacte .....	- 476 -
b. Les travaux préparatoires de la Charte des Nations Unies.....	- 477 -
i. Un accord général sur le principe.....	- 477 -
ii. Une intention limpide des rédacteurs.....	- 478 -
c. Un article de circonstances .....	- 480 -
i. Le système de sécurité collective, Chapitre VII et le Conseil de sécurité .....	- 480 -
ii. Fragmentation et expansion du droit international: une multiplication potentielle des conflits normatifs .....	- 484 -
iii. Terrorisme et obligations contradictoires .....	- 488 -
2. <i>Les termes de l'article 103: une formulation concise et elliptique</i> .....	- 491 -
a. En cas de conflit .....	- 491 -
b. Entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte .....	- 500 -
i. Obligations.....	- 500 -
ii. Les membres et les non-membres des Nations Unies .....	- 504 -
iii. Les organisations internationales.....	- 506 -
c. Leurs obligations en vertu de tout autre accord international .....	- 510 -
i. Accord international .....	- 510 -
ii. Droit international coutumier.....	- 511 -
iii. Autres obligations issues de sources non-conventionnelles.....	- 515 -
d. Les premières prévaudront: une question de priorité ou de validité? .....	- 517 -
3. <i>Un article à interprétations multiples</i> .....	- 521 -
4. <i>Un article omniprésent et unique</i> .....	- 537 -
B. L'ARTICLE 103 ET SA TENDANCE IMPÉRIALISTE: FACTEURS EXPLICATIFS ET LIMITES .....	- 539 -
1. <i>Une tendance inhérente au concept d'indérogeabilité</i> .....	- 539 -
a. Assurer l'efficacité de la Charte dans le domaine du maintien de la paix et de la sécurité.....	- 540 -
i. Réalisation des principes et concrétisation des idéaux.....	- 541 -
ii. Maintien de la paix et de la sécurité internationales: le Conseil de sécurité comme un organe omnipotent .....	- 542 -
b. Transformer la Charte en constitution de la communauté internationale .....	- 549 -
i. La Charte comme le reflet de l'existence d'une unité systémique et d'un consensus sur les valeurs et principes fondamentaux.....	- 552 -
ii. L'article 103 comme fondement du statut constitutionnel de la Charte .....	- 553 -
iii. Limites.....	- 554 -
2. <i>Obstacles à l'extension du champ d'application de l'article 103</i> .....	- 558 -
a. Le <i>jus cogens</i> , une indérogeabilité impérative.....	- 558 -
b. L'article 103 n'est pas une solution aux conflits de compétence.....	- 562 -
c. Les affaires Kadi .....	- 565 -
C. APPROCHE FONCTIONNELLE DE L'ARTICLE 103 .....	- 572 -
1. <i>L'article 103 comme une règle hiérarchique?</i> .....	- 572 -
2. <i>L'article 103 comme une règle de conflit de normes, une règle de priorité</i> .....	- 576 -

3. <i>L'article 103, une règle unique?</i> .....	578 -
a. Un inflexionnement à quelques principes du droit international des traités.....	578 -
i. Res inter alios acta.....	579 -
ii. Pacta sunt servanda.....	580 -
iii. L'article 103 et le droit des traités, des effets à nuancer.....	581 -
b. Une nouvelle circonstance excluant l'illicéité.....	583 -
c. Une limite implicite à la liberté des Etats.....	585 -
4. <i>L'article 103 et ses fonctions symboliques et systémiques</i> .....	586 -
a. Imposition de valeurs collectives et d'idéaux communs.....	587 -
i. La Charte comme un vecteur de valeurs et de normes d'intérêt public.....	587 -
ii. Une remise en cause des idéaux de la Charte: multiplication des régimes et fragmentation des valeurs.....	589 -
b. Maintien de la cohésion, de l'efficacité et de l'intégrité du système de sécurité collective.....	594 -
c. Relations entre les ordres juridiques, une complémentarité évidente.....	596 -
D. <i>L'INDÉROGEABILITÉ D'UN INSTRUMENT EXCEPTIONNEL, LA CHARTE DES NATIONS UNIES</i> .....	598 -

## V. CONCLUSION..... - 603 -

A. SYNTHÈSE.....	603 -
1. <i>Parallèle entre les piliers</i> .....	605 -
a. Des fonctions communes?.....	605 -
b. Une tendance générale à un élargissement de la portée fonctionnelle de l'indérogeabilité.....	609 -
c. L'indérogeabilité entre la technique juridique et la fonction symbolique.....	611 -
2. <i>Comparaison avec le droit international privé: des mécanismes proches de l'indérogeabilité</i> .....	613 -
a. Aperçu général.....	613 -
b. Exception d'ordre public, lois d'application nécessaire et lois de police.....	615 -
c. Des similitudes fonctionnelles évidentes.....	621 -
3. <i>Pertinence et intérêt d'une approche fonctionnelle de l'indérogeabilité</i> .....	625 -
B. EXTENSIONS ANALYTIQUES.....	627 -
1. <i>Signification de l'indérogeabilité en droit international: d'un concept flou à un outil juridique efficace?</i> .....	627 -
a. L'impact de l'indérogeabilité sur l'ordre juridique international.....	628 -
i. Indérogeabilité et hiérarchie normative: constitutionnalisation ou simple rationalisation du système?.....	628 -
ii. Indérogeabilité et consentement.....	629 -
iii. Indérogeabilité et intégrité des régimes juridiques: un besoin issu du phénomène de fragmentation.....	631 -
b. Indérogeabilité et importance des valeurs en droit international.....	633 -
c. Indérogeabilité et efficacité.....	634 -
2. <i>L'indérogeabilité, un concept nécessaire en droit international?</i> .....	637 -
a. Entre surexploitation et sacralisation d'un concept indispensable.....	637 -
b. Redéfinir l'indérogeabilité au regard de sa vocation initiale et de la pratique.....	639 -
3. <i>L'indérogeabilité, un concept unitaire ou un phénomène réfractaire à toute systématisation?</i> .....	641 -

## VI. ANNEXES..... - 645 -

A. JUS COGENS.....	645 -
1. <i>Jurisprudence relative aux jus cogens</i> .....	645 -
a. Affaire relative au Traité Bryan-Chamorro, Etats-Unis v. Nicaragua, Cour de Justice d'Amérique Centrale, 1917 - 645 -	
b. Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada Claims (Tinoco Case), Royaume-Uni v. Costa Rica, Sentence Arbitrale du 12 janvier 1922, Recueil de Sentences Arbitrales., Vol. I, Tinoco.....	645 -
c. Opinion dissidente du juge Schücking, <i>Affaire du Vapeur Wimbledon</i> , Royaume-Uni/France/Japon v. Pologne, Recueil C.P.J.I. 1923 Séries A, jugement du 28 juin et 17 août 1923, p. 47.....	645 -
d. Opinion individuelle du juge Schücking, <i>Affaire Oscar Chinn</i> , Recueil C.P.J.I. Séries A/B, arrêt du 12 décembre 1934, pp. 149-150.....	645 -
e. Opinion séparée du juge Moreno Quintana, <i>Affaire relative à l'Application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs</i> , Pays-Bas v. Suède, C.I.J Recueil 1958, arrêt du 28 novembre 1958, pp. 106-107.....	646 -
f. Opinion dissidente du juge Fernandez, <i>Affaire du droit de passage en territoire indien</i> , Portugal v. Inde, C.I.J Recueil 1960, arrêt du 12 avril 1960, p. 135-137.....	646 -
g. Opinion individuelle du juge Bustamente, <i>Affaires du Sud-ouest Africain</i> , Libéria v. Afrique du Sud, C.I.J Recueil 1962, arrêt du 21 décembre 1962, p. 380.....	646 -
h. Opinion individuelle du juge Jessup, <i>Affaires du Sud-ouest Africain</i> , Libéria v. Afrique du Sud, C.I.J Recueil 1962, arrêt du 21 décembre 1962, p. 425.....	646 -
i. Opinion dissidente du juge Tanaka, <i>Affaires du Sud-ouest Africain</i> , Ethiopie v. Afrique du Sud/ Libéria v. Afrique du Sud, 2 <sup>ème</sup> phase, fond, Recueil C.I.J 1966, 18 juillet 1966, p. 298.....	647 -
j. <i>Affaire du Plateau Continental de la Mer du Nord</i> , République Fédérale d'Allemagne v. Danemark/Pays-Bas, Recueil C.I.J 1969, fond, arrêt du 20 février 1969.....	647 -

k. Décision de la Commission Arbitrale sur les Biens, Droits et Intérêts en Allemagne, 23 mars 1962, cas de <i>Paul et Thérèse Gilis v. République Fédérale d'Allemagne</i> , cité par BARBERIS, Julio A., « La liberté de traiter des Etats et le Jus cogens », <i>Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht</i> , vol. 18, 1970, p. 40 .....	- 647 -
l. Cour suprême constitutionnelle de la République Fédérale d'Allemagne, 7 avril 1965, cité par RIESENFELD, Stefan A., « <i>Jus Dispositivum</i> and <i>Jus cogens</i> in International Law: In the Light of a Recent Decision of the German Supreme Constitutional Court », <i>American Journal of International Law</i> , vol. 60, 1966 .....	- 648 -
2. <i>Jus cogens</i> et Convention de Vienne sur le droit des traités: Article 13 du projet de Humphrey Waldock sur le droit des traités, <i>Yearbook of the International Law Commission, 1963, vol. II, p. 52</i> .....	- 648 -
B. DROITS DE L'HOMME .....	- 649 -
1. <i>Dérogations-limitations : tableaux comparatifs</i> .....	- 649 -
2. <i>Jurisprudence</i> .....	- 652 -
a. Interdiction de la torture et autres traitements et peines cruels, inhumains ou dégradants.....	- 652 -
b. Droit à la vie.....	- 655 -
c. Interdiction de l'esclavage et de la servitude.....	- 657 -
d. Interdiction des lois pénales rétroactives.....	- 658 -
e. Droits politiques .....	- 658 -

## VII. BIBLIOGRAPHIE ..... - 659 -

A. SOURCES.....	- 659 -
1. <i>Jurisprudence</i> .....	- 659 -
a. Cour Permanente de Justice internationale.....	- 659 -
i. Affaires contentieuses.....	- 659 -
ii. Affaires consultatives .....	- 659 -
b. Sentences arbitrales.....	- 659 -
c. Cour internationale de Justice.....	- 660 -
i. Affaires contentieuses.....	- 660 -
ii. Affaires consultatives .....	- 661 -
d. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie .....	- 661 -
e. Tribunal Pénal International pour le Rwanda .....	- 662 -
f. Comité des droits de l'homme .....	- 662 -
g. Comité des Nations Unies contre la torture .....	- 663 -
h. Organes européens de protection des droits de l'homme .....	- 663 -
i. Cour européenne des droits de l'homme.....	- 663 -
ii. Commission européenne des droits de l'homme.....	- 665 -
iii. Communautés européennes .....	- 666 -
i. Commission africaine des droits de l'homme et des peuples .....	- 666 -
j. Organes interaméricains de protection des droits de l'homme .....	- 667 -
i. Commission interaméricaine des droits de l'homme .....	- 667 -
ii. Cour interaméricaine des droits de l'homme .....	- 667 -
k. Tribunal Militaire de Nuremberg et pour l'Extrême-Orient .....	- 668 -
l. Jurisprudence des tribunaux internes.....	- 668 -
i. Royaume-Uni.....	- 668 -
ii. Etats-Unis d'Amérique .....	- 669 -
iii. France .....	- 670 -
iv. Australie.....	- 670 -
v. Canada .....	- 670 -
vi. Israël .....	- 670 -
m. Autres.....	- 670 -
2. <i>Documents officiels et Résolutions</i> .....	- 671 -
a. Comité des droits de l'homme.....	- 671 -
b. Comité des Droits Economiques, Sociaux et Culturels .....	- 671 -
c. Comité des Nations Unies contre la Torture.....	- 672 -
d. Assemblée générale des Nations Unies .....	- 672 -
e. Conseil Economique et Social des Nations Unies .....	- 673 -
f. Commission du droit international.....	- 673 -
g. Commission des droits de l'homme .....	- 674 -
h. Conseil des droits de l'homme.....	- 675 -
i. Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités.....	- 676 -
j. Institutions européennes.....	- 676 -
k. Organisation pour la Sécurité et la Coopération en Europe.....	- 677 -
l. Institutions interaméricaines des droits de l'homme .....	- 678 -
m. Institutions africaines des droits de l'homme .....	- 678 -
n. Comité International de la Croix-Rouge.....	- 678 -
o. Législations nationales .....	- 679 -
p. Autres.....	- 679 -
3. <i>Traités internationaux</i> .....	- 680 -

a. Nations Unies .....	- 680 -
b. Système africain de protection des droits de l'homme .....	- 681 -
c. Ligue des Etats arabes .....	- 681 -
d. Système européen de protection des droits de l'homme .....	- 681 -
e. Système interaméricain de protection des droits de l'homme .....	- 681 -
f. Traités de droit international humanitaire .....	- 681 -
g. Droit international pénal .....	- 682 -
B. TRAVAUX .....	- 683 -
1. <i>Ouvrages</i> .....	- 683 -
a. Général et Histoire du droit international .....	- 683 -
b. Sociologie et philosophie du droit international .....	- 685 -
c. Droits de l'homme .....	- 686 -
d. Sur les notions d'indérogeabilité et d'intangibilité .....	- 689 -
e. Sur la hiérarchie des normes internationales .....	- 689 -
f. Sur la notion d'ordre public international .....	- 690 -
g. Sur les instruments et les organes de protection des droits de l'homme .....	- 690 -
h. Sur le mécanisme de dérogation et les dérogations .....	- 693 -
i. Droit international humanitaire .....	- 693 -
j. Sur certains droits spécifiques .....	- 695 -
k. Sur d'autres domaines du droit international .....	- 695 -
l. Article 103 de la Charte des Nations Unies .....	- 696 -
m. Constitutionnalisme et pluralisme .....	- 697 -
n. Rhétorique et droit .....	- 697 -
2. <i>Contributions aux ouvrages collectifs et articles de revue</i> .....	- 697 -
a. Général et philosophie du droit .....	- 697 -
b. Droits de l'homme .....	- 699 -
c. Sur les notions d'indérogeabilité et d'intangibilité .....	- 702 -
d. Sur la hiérarchie des normes internationales .....	- 703 -
e. Sur la notion d'ordre public international .....	- 707 -
f. Droits de l'homme .....	- 708 -
g. Sur le mécanisme de dérogation .....	- 711 -
h. Sur les immunités et le jus cogens .....	- 714 -
i. Droit international humanitaire .....	- 715 -
j. Sur les relations entre le droit international et le terrorisme .....	- 724 -
k. Sur les autres domaines du droit international et droit international privé .....	- 726 -
l. Article 103 de la Charte des Nations Unies .....	- 727 -
m. Constitutionnalisme, pluralisme et fragmentation .....	- 731 -
n. Rhétorique et droit .....	- 732 -
3. <i>Autres</i> .....	- 733 -



*A mes parents ...  
Et un peu à moi...*



## **Liste des abréviations**

<b>AG</b>	Assemblée générale des Nations Unies
<b>AQO</b>	Al-Qaeda Order
<b>CAI</b>	Conflit armé international
<b>CANI</b>	Conflit armé non-international
<b>CDI</b>	Commission du droit international
<b>CdS</b>	Conseil de sécurité des Nations Unies
<b>CE</b>	Communauté européenne
<b>CEDH</b>	Convention européenne des droits de l'homme
<b>CG I, II, III, IV</b>	Conventions de Genève I, II, III, IV de 1949
<b>CHADHP</b>	Charte africaine des droits de l'homme et des peuples
<b>CHONU</b>	Charte des Nations Unies
<b>CIADH</b>	Convention interaméricaine des droits de l'homme
<b>CICR</b>	Comité international de la Croix-Rouge
<b>CJCE</b>	Cour de justice des Communautés européennes
<b>CIJ</b>	Cour internationale de Justice
<b>CPI</b>	Cour pénale internationale
<b>CPJI</b>	Cour permanente de Justice internationale
<b>CrEDH</b>	Cour européenne des droits de l'homme
<b>CrIADH</b>	Cour interaméricaine des droits de l'homme
<b>CVDT</b>	Convention de Vienne sur le droit des traités entre Etats (1969)
<b>DIH</b>	Droit international humanitaire
<b>HRA</b>	Human Rights Act (1998)
<b>OMC</b>	Organisation mondiale du Commerce
<b>ONU</b>	Organisation des Nations Unies
<b>OSCE</b>	Organisation pour la Sécurité et la Coopération en Europe
<b>PA I et II</b>	Protocoles additionnels I et II aux Conventions de Genève de 1949 (1977)
<b>PIDCP</b>	Pacte international relatif aux droits civils politiques (1966)

<b>PIDESC</b>	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1966)
<b>RCADI</b>	Recueil de cours de l'Académie de droit international de La Haye
<b>RGDI</b>	Revue générale de droit international
<b>SDN</b>	Société des Nations
<b>TO</b>	Terrorism Order
<b>TPIR</b>	Tribunal pénal international pour le Rwanda
<b>TPIY</b>	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
<b>TPI</b>	Tribunal de première instance

## Remerciements

Je souhaite exprimer ma sincère reconnaissance à certaines personnes, sans qui je n'aurais pas pu mener ce projet à terme. Je tiens à m'excuser pour celles et ceux que je vais oublier. Merci à toutes et tous de votre soutien, de votre confiance et de votre présence à mes côtés, durant ce long parcours. Et pardonnez-moi mes moments de doute, de mauvaise humeur et de solitude.

Je tiens à remercier Andrea Bianchi, pour m'avoir fait comprendre que j'avais ma place au sein de l'académie et m'avoir donné l'opportunité de pouvoir faire mes preuves. Merci pour ces moments de réflexion, de partage intellectuel et pour le temps que tu as consacré à me soutenir et à m'aider. Merci de m'avoir guidée, de m'avoir fait grandir, humainement, spirituellement et professionnellement.

Merci à Vincent Chetail de m'avoir transmis la passion du droit international, passion qui ne m'a pas quittée depuis et qui m'a donné l'envie de persévérer. Merci de ta présence, ta compréhension, de ton investissement et de tes conseils.

Merci à Tatiana Kokina, parce que tu as toujours eu confiance en moi. Merci pour ton travail de relecture et ta présence indéfectible. Merci d'être mon amie, ma sœur et mes neurones...Ce qui est certain, c'est que sans toi je n'aurais pas eu ma table...Cette thèse, je te la dois...

Merci à Sarah Zagoury, pour ces années d'études et d'amitié partagées. Et merci de ton aide et ton regard averti. Merci d'être mon gémeau, de me dire ce que j'ai besoin d'entendre, de me comprendre et ne jamais me juger. Peu importe où tu te trouves, tu es dans mon cœur.

Merci à Salvatore Simone, pour être toi, et être toujours là, malgré la distance. Je ne te remercierai jamais assez de ton aide et tes encouragements. Je n'oublierai pas nos conversations si profondes et nos victoires au Trivial Pursuite. Merci d'être un homme bien.

Merci à Sabrina Khoshbeen...Ces années de galères universitaires partagées, ces doutes et ces joies, que nous avons traversés ensemble...je n'oublierai pas, sans toi, je n'aurais jamais fini...merci ma biche. Merci à Alexandra Mochi, Dominique Bounameaux, Marthe Krummenacher, Stéphanie Thomé et Carole Zonca pour leur amitié sans faille, leur amour et leur confiance. Et surtout de m'avoir écoutée et comprise.

Merci à Nadia Sartoretti, ma première amie académique et la grande sœur que j'ai toujours voulue avoir. Merci de croire en moi, d'être là malgré les tempêtes et les tsunamis. Garde cette sensibilité, cette intelligence et ton humour et surtout n'oublie pas que le droit au bonheur est indérogeable.

Merci à Melanie Wahl, Armelle Vessier et Pierre-Etienne Bourneuf, parce que sans vous, mon parcours académique n'aurait pas été aussi agréable, enrichissant et facile. Vous êtes brillants et je suis très fière d'avoir partagé ces moments avec vous. Merci de m'avoir encouragée, d'avoir séché mes larmes...et de m'avoir fait comprendre, que je dois aller faire publier ma thèse. Vous êtes des doctorants fascinants, ne changez pas, restez-vous-mêmes, ne commencez pas à vous prendre au sérieux....vous êtes des vrais amis.

Merci à mon grand-frère de m'avoir protégée et rassurée...et d'avoir été mon modèle. Merci à ma belle-sœur Aurélie et à mes nièces Zoe et Elise, pour leur bonne humeur, leurs encouragements et leur amour.

Merci à mes parents. Ma profonde gratitude à mon papa de m'avoir permis de faire ce que j'ai voulu faire, de m'avoir donné la chance de m'épanouir, de m'avoir autorisée à réaliser mes rêves. Merci de ton soutien, de ton amour, de ton esprit et de ton intelligence. Ce que je fais, je le fais pour toi, pour que tu sois fier. Merci à ma maman, pour TOUT, pour les heures passées à lire mes travaux, pour ton intelligence et ta sagesse. Merci d'être la maman la plus incroyable du monde, tu me rends meilleure. Sans toi, sans ta force, ton amour et ta présence, je n'aurais pas pu continuer. Et crois-moi, tu as maintenant une connaissance du droit international bien plus pointue que beaucoup de soi-disant experts. Cette thèse je te la dédie, aujourd'hui nous sommes deux docteurs. Merci à vous deux d'être là, vous êtes mes trèfles à quatre feuilles. Je ne serais pas ce que je suis sans vous, sans les valeurs que vous m'avez transmises et l'affection que j'ai reçue et que vous continuez à me donner.

Enfin, merci à un loup sauvage, qui un jour a rencontré un hérisson...A son contact, le hérisson rangea ses épines. Quant à lui, le loup sortit de sa tanière. Je me plais à croire que cette improbable rencontre leur a permis d'être heureux ensemble, puis séparément. Grâce au loup, le hérisson a compris qu'il méritait de connaître le bonheur et l'harmonie.

Merci à Boubou...juste parce que c'est rare...

# **Chapitre I. Introduction, une approche fonctionnelle d'un concept énigmatique**

## ***A. Cadre théorique et conceptuel***

### **1. Remarques liminaires**

Rares sont les sujets qui ont suscité un tel intérêt et soulevé tant de débats que la problématique des normes dites fondamentales en droit international. Il est vrai que l'esprit des internationalistes, sous l'effet de leur conviction profonde ou de leur opposition relativement à l'existence ou l'émergence d'une communauté internationale tenue par des valeurs et principes communs, a été obnubilé par les notions de *jus cogens*, d'obligations *erga omnes* et de crimes internationaux, ainsi que par leurs effets réels ou éventuels sur la liberté et la souveraineté des Etats. Ces catégories tendent à introduire en droit international une hiérarchie entre les normes, en octroyant à certaines d'entre elles une importance et une force normative renforcées, en raison de leur contenu matériel et des fonctions qu'elles remplissent au sein de l'ordre juridique. Tantôt tentant d'offrir des études systématiques sur les causes et impacts de ces normes spécifiques, tantôt proposant des explications sur les relations qu'entretiennent entre elles ces dernières, la profession a négligé ou a fortement sous-estimé un aspect essentiel de ce domaine, à savoir les concepts d'indérogeabilité, de normes et de droits indérogeables. En effet, il paraît utile et nécessaire, au vu de l'évolution du droit international, tant au niveau de la réflexion théorique que de la réalité pratique, d'appréhender de façon globale et précise le concept d'indérogeabilité - terme qui, il est important de souligner, n'a pas sa place dans la langue française - mais qui est toutefois d'usage courant parmi les juristes internationaux.

L'indérogeabilité constitue une notion, à laquelle il est fait recours de manière peu méticuleuse dans le discours juridique, doctrinal et jurisprudentiel. Les termes de dérogation et de norme indérogeable sont invoqués dans divers domaines du droit international, mais aucun effort n'a été réellement entrepris pour essayer d'éclaircir leur signification, leur portée et leurs conséquences. Le concept d'indérogeabilité implique plusieurs dimensions et recouvre différents phénomènes, qui se doivent d'être distingués. L'objectif majeur de ce travail est de proposer une analyse du concept d'indérogeabilité, par l'examen des fonctions assumées par les normes indérogeables au sein de l'ordre juridique international. Certaines zones du droit international, où l'indérogeabilité semble remplir un rôle important, ont été isolées: bien qu'*a priori*, nous supposons, que chaque champ d'investigation possède sa propre catégorie de normes indérogeables, dotées de leurs

caractéristiques propres, il se peut qu'ils partagent néanmoins des points et des traits communs. Les normes qui ne souffrent d'aucune dérogation constituent-elles un phénomène unitaire ou au contraire, celles-ci, qu'elles soient évoquées en lien avec le *jus cogens* ou la *Charte des Nations Unies*, ou qu'elles soient employées dans les domaines des droits de l'homme ou du droit humanitaire, possèdent-elles un champ d'application, des origines et des effets juridiques spécifiques ?

L'indérogeabilité est un concept qui occupe une place essentielle au sein du système international: il existe en droit positif des principes juridiques et des règles de droit que les sujets sont tenus de respecter en toutes circonstances et desquels ils n'ont pas la possibilité de s'écarter.<sup>1</sup> Toutefois, le droit international est traditionnellement conçu comme un *jus dispositivum*, un droit auquel les sujets de droit, et plus spécifiquement les Etats, en tant que créateurs et principaux destinataires des règles, peuvent déroger.<sup>2</sup> Il est cependant reconnu, et ceci depuis les premières réflexions sur le droit international, qu'il existe un ensemble de normes, qui s'extrait de cette logique et qui permet au droit international de ne pas être uniquement soumis aux aléas de la vie internationale ou être modifié selon les intérêts égoïstes des acteurs. Certaines normes n'autorisent aucune transgression ou modification, que celle-ci soit unilatérale ou réalisée par accord entre certains sujets. Certes, le droit international demeure encore en grande partie un droit dérogeable et consensuel.

« (...) on doit admettre qu'en pratique, il est possible de déroger par voie d'accord aux règles de droit international dans des cas particuliers ou entre certaines parties, mais cela ne fait pas normalement l'objet d'une disposition expresse.»<sup>3</sup>

Par conséquent, l'indérogeabilité d'un nombre limité de règles de droit international peut sembler représenter une anomalie, le système juridique international étant perçu depuis des siècles comme un ordre régissant les rapports entre Etats souverains et égaux entre eux, fondé sur la volonté de ceux-ci à se lier. En 1932, le juriste allemand Hans Gerd Niemeyer écrivit que le droit international est construit sur un volcan, la souveraineté. L'activité de ce volcan peut être contenue

---

<sup>1</sup> Notamment, voir les articles 53 et 64 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, conclue à Vienne le 23 mai 1969 ou les dispositions relatives aux états d'urgence dans les traités en matière de protection des droits de l'homme et libertés fondamentales : article 4 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* du 16 décembre 1966 ; article 15 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Rome, 4 novembre 1950 ; article 27 de la *Convention interaméricaine relative aux droits de l'homme*, San José, 22 novembre 1969, entre autres.

<sup>2</sup> «It is so because normally the rules of general international law have the character of *jus dispositivum*. This means that they are not imperative but of a yielding nature. They must be applied only if the individual states have not agreed otherwise *inter se*. », VERDROSS, Alfred, «Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law», *American Journal of International Law*, vol. 60, 1966, p. 58

<sup>3</sup> *Affaire du Plateau Continental de la Mer du Nord*, République fédérale d'Allemagne vs. Danemark, République fédérale d'Allemagne vs. Pays-Bas, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J 1969, arrêt du 20 février 1969, p. 42, § 72.

par une multitude de moyens, mais un jour soudainement, il finira par recracher sa fumée et ses cendres. Afin de contrer ces effets, le droit international s'est doté d'instruments juridiques et s'est imposé certaines limites politiques et morales. Les normes indérogeables font partie de ces outils de confinement, sorte de contrainte qui oblige les sujets au respect de standards, indépendamment de leur consentement.<sup>4</sup> Il apparaît comme une évidence que le postulat volontariste classique, selon lequel la volonté, expresse ou tacite, des Etats constitue la seule source des règles de droit international n'est plus défendable. Il semble également fortement remis en cause par la supposée émergence d'une solidarité nouvelle liant les membres de la société internationale.

*« (...) l'existence du droit international s'explique par la prise de conscience de la part des membres de la société internationale qu'ils ont des intérêts communs et que ceux-ci doivent être organisés par des règles de droit (...) afin d'éviter une situation d'anarchie préjudiciable à tous. »<sup>5</sup>*

Les réflexions, souvent inconscientes, sur l'indérogeabilité sont apparues avec la naissance du droit international, mais le désir de certains de bâtir une communauté internationale, dans le sens d'un groupe partageant des caractères et des objectifs communs, a encouragé la formalisation excessive et l'expansion illimitée d'un droit international censé s'imposer de manière absolue.

Après quelques remarques sur le terme de « concept » (**A.2**), nous procéderons à une brève introduction sur le choix d'une approche fonctionnelle (**A.3.a**) et formulerons des hypothèses sur les présumées fonctions que pourraient jouer l'indérogeabilité en droit international (**A.3.b**). Ensuite, certaines notions et termes fréquemment utilisés en droit international, qui sont trop souvent confondus et mentionnés à mauvais escient, seront définis (**A.4**). Des exemples concrets, notamment tirés de la jurisprudence, seront proposés afin d'éclaircir ces diverses expressions. Cette section liminaire s'achèvera par une explication du choix des domaines abordés, ceux qui ont été sélectionnés et ceux qui ont été exclus (**B.1 et 2.**), et par une présentation de la méthodologie employée et du plan du présent travail (**C**). De brefs commentaires sur la bibliographie mettront un point final à ce chapitre introductif.

Cette étude devrait permettre de saisir la force du concept d'indérogeabilité et de certains de ces aspects, en procédant à une analyse systématique et rigoureuse des fonctions réelles remplies par celui-ci. Il peut être constaté une immense lacune analytique et théorique relativement à l'indérogeabilité et ses fondements, en tant que concept autonome du droit international, alors que cette problématique est un sujet de recherche extrêmement important, étant donné les développements subis par le droit international. Celui-ci a étendu son emprise régulatrice à de

---

<sup>4</sup> VON NIEMEYER, Hans Gerd, *Einstweilige Verfügungen des Weltgerichtshofs, ihr Wesen und ihre Grenzen*, Leipzig, R. Noske, 1932, p. 3

<sup>5</sup> CARREAU, Dominique, *Droit International*, 7<sup>ème</sup> Edition, Paris, Etudes Internationales, Pedone, 2001, p. 37, § 75

nombreux domaines de la vie internationale, réduisant toujours plus le champ de compétence des Etats, qui sont de moins en moins libres de décider arbitrairement de leurs actions et de l'application qu'ils font des règles du droit international.

## 2. Qu'est-ce qu'un concept ?

Il faut, dans un premier temps, exposer les raisons qui expliquent le choix d'associer le terme de « concept » avec celui d'indérogeabilité. En effet, les concepts, qui se retrouvent et prolifèrent dans tous les domaines scientifiques, semblent à première vue être des catégories très générales. Ils ont néanmoins une utilité qui ne doit pas être ignorée:<sup>6</sup>

*« Ce n'est pas, sans doute que le concept vulgaire soit inutile au savant ; il sert d'indicateur. Par lui, nous sommes informés qu'il existe quelque part un ensemble de phénomènes qui sont réunis sous une même appellation et qui, par conséquent, doivent vraisemblablement avoir des caractères communs. (...) Mais, comme il est grossièrement formé, il est tout naturel qu'il ne coïncide pas exactement avec le concept scientifique, institué à son occasion. »*<sup>7</sup>

L'emploi du mot concept sert à illustrer le fait que les internationalistes ont eu recours à l'indérogeabilité de manière peu méthodique, afin de décrire une multitude de phénomènes juridiques, qu'ils ont de la difficulté à appréhender ; de là, une volonté de standardiser ce concept, de le rendre familier, alors qu'il est évident qu'il reste encore mystérieux pour la majeure partie de la profession.<sup>8</sup>

*« It is a relatively simple task to reproduce a word. It is a much more difficult thing to reproduce the idea for which it stands. »*<sup>9</sup>

Le terme de concept est emprunté au latin *conceptus*, action de contenir, de recevoir, puis en latin chrétien, conception, représentation de l'esprit, pensée, idée abstraite et générale.<sup>10</sup> Le concept est

---

<sup>6</sup> «When we come to words of which the logical concept is a complex relation, an obscure or intangible attribute, the defects of the popular conception and its tendencies to change and confusion are of the greatest practical importance. Take such words as "monarchy", "tyranny", "civil freedom", "freedom of contract" (...), "culture", "education"(...) Not merely should we find it difficult to give an analytic definition of such words: we might be unable to do so, and yet flatter ourselves that we had a clear understanding of their meaning. But let two men begin to discuss any proposition in which any such word is involved, and it will soon be found that they take the word in different senses.», MINTO, William, *Logic, Inductive and Deductive*, Londres, Cambridge Scholars Publishing, 1896, p. 47

<sup>7</sup> DURKHEIM, Emile, *Les règles de la méthode sociologique*, 12<sup>ème</sup> Edition, Paris, Presses Universitaires de France, 2004, p. 37. Emile Durkheim ajoute : « (...) On se réfère simplement à la notion commune. Or celle-ci est très souvent ambiguë. Cette ambiguïté fait qu'on réunit sous un même nom et dans une même explication des choses, en réalité très différentes. De là proviennent d'inextricables confusions. »

<sup>8</sup> « Generalizations and syllogisms will always neutralize or structurally change the objects of experience. Every syllogism entails a homogenization of different conditions by virtue of eliminating undesirable properties, and here we can see that the act of knowing represents an attempt to falsify dynamic fragments by democratizing them into wholes, so that the conditional nature of cognition is concealed.», EINSTEIN, Carl, HAXTHAUSEN, Charles W., «Gestalt and Concept (Excerpts)», *October*, vol. 107, hiver 2004, p. 172

<sup>9</sup> ARNETT, Harold E., « The concept of fairness », *The Accounting Review*, vol. 42, N°2, avril 1967, p. 293

<sup>10</sup> Du verbe latin *concipere*, qui signifie contenir entièrement, former en soi. Voir également, REY, Alain, (sous la dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Dictionnaires le Robert, 1992 :

« Concept n.m. est emprunté (1404) au latin *conceptus*, action de contenir, avec son sens chrétien abstrait de pensée, conception. Le mot est le participe passé substantivé, au masculin, de *concupere*, concevoir. A la différence d'idée, qui appartient au langage commun, concept, idée générale, est un terme technique ou d'usage didactique. Son acception

une création ou une construction intellectuelle, qui explicite un ensemble stable de caractéristiques communes et de propriétés désignées par un signe verbal, un mot ou une expression ; le concept regroupe les objets qu'il décrit en une même catégorie.<sup>11</sup> Il est parfois perçu comme une notion rigoureusement définie et précisément délimitée, servant de fondement et de principe explicatif d'un phénomène. Toutefois, le terme possède aussi un sens affaibli, impression abstraite que l'on a ou que l'on se fait d'une chose : concept est alors employé pour apporter à celle-ci un surcroît de valeur et lui donner une consistance matérielle.<sup>12</sup> A la lumière de ces diverses acceptions, nous sommes face à une ambiguïté, car il semble que d'un côté, il y ait des concepts susceptibles d'être définis de manière précise et invariable et que de l'autre, il y ait des concepts qui échappent à toute spécification.<sup>13</sup>

La science juridique abonde en concepts : les concepts de droit, de justice, d'équité, de souveraineté, entre autres.<sup>14</sup> La science du droit aspire à l'organisation des connaissances et des perceptions, ainsi qu'à la création de regroupements et de catégories. Les concepts juridiques parviennent à réunir en une unité mentale des objets disparates, mais partageant certains traits communs. John Locke déjà considérait les concepts comme la réunion en une seule idée de caractéristiques diverses.<sup>15</sup> Ces idées floues et ces conclusions abstraites basées sur une généralisation d'exemples spécifiques sont des outils au service des penseurs et praticiens du droit. Ces derniers les emploient, afin de fonder leurs théories.<sup>16</sup> L'indérogeabilité a été, et continue

---

*philosophique date de 1606, avec Descartes, mais ce qu'on peut appeler le concept de concept, doit beaucoup, dans son usage contemporain, à Kant, qui en a fait un schéma dynamique pour la pensée, et non plus une configuration statique. (...) »*

<sup>11</sup> *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9<sup>ème</sup> Ed., 1992, disponible at <http://atilf.atilf.fr/academie9.htm>, consulté le 4 avril 2011.

<sup>12</sup> Voir Georges Adamczewski at <http://www.biblioconcept.com/textes/concept.htm>, consulté 17 mai 2010

<sup>13</sup> «*When a lawyer or judge defines a category and decides that a disputed object falls within or without its limits, the process of categorization appears to be syllogistic and the result inevitable...however, our perception that a category is a box or container with clearly defined boundaries derives from metaphor, not empirical observation....rather than being box-like, categories are radial: because categories radiate out from prototype at the centre, the fit of two items that fall into the same category can be significantly different.*», BERGER, L. Linda, «*Studying and Teaching Law as Rhetoric*», *The Journal of the Legal Writing Institute*, vol. 16, 2010, p. 44

<sup>14</sup> «*(...) law is understood by normative legal theory only in concepts, rules and other elements of doctrine developed in or implicit in legal theory. Thus, in jurisprudence the enterprise of fixing the meaning of law is often merely the most general and abstract form of the lawyer's natural professional concern with definition.* », COTTERELL, Roger, «*The Sociological Concept of Law*», *Journal of Law and Society*, vol. 10, N°2, Hiver 1983, p. 242

<sup>15</sup> SPITZ, Jean-Fabien, «*John Locke et la formation des concepts de la politique moderne*», *Les Etudes Philosophiques*, 1993, N°3, pp. 373-390. Et: «*Every concept originates through our equating what is unequal. Concepts are formed through an arbitrary abstraction from these individual differences, through forgetting the distinctions...*», NIETZSCHE, Friedrich, «*On Truth and Lie in an Extra-Moral Sense*», *The Portable Nietzsche*, New York/London, Penguin Books, 1976, p. 46. Le concept tend à abrégé et à compresser une multiplicité de phénomènes par l'abstraction et la généralisation de leurs traits communs.

<sup>16</sup> «*Categories function on the basis of idealised cognitive models against which background concrete cases are evaluated.*», BIANCHI, Andrea, «*Textual interpretation and (international) law reading: the myth of (in)determinacy and the genealogy of meaning*», in *Making transnational law work in the global economy: essays in honour of Detlev Vagts*, New York, Cambridge University Press, 2010, p. 46

d'être traitée comme un concept, c'est-à-dire qu'elle est sujette à des tentatives de classification et de catégorisation. Elle est présentée comme un concept monosémique, sans équivoque, regroupant des propriétés définies, mais en réalité, il n'en est rien.<sup>17</sup> Elle recouvre de nombreuses dimensions et impliquent des significations différentes selon le contexte où elle trouve application. Ce travail ambitionne de déceler certaines caractéristiques récurrentes à celle-ci, tout en partant du postulat, que l'indérogeabilité ne constitue pas un concept unitaire et qu'elle englobe des phénomènes hétérogènes.<sup>18</sup> Les normes indérogeables ne peuvent être définies absolument ou de manière immédiate, car elles rassemblent plusieurs idées.<sup>19</sup> Ce projet ne se veut pas être une simplification ou une standardisation, mais au contraire, vise à développer une élaboration détaillée et systématique de l'indérogeabilité.<sup>20</sup> Pour reprendre la distinction opérée par Durkheim, il faut procéder au passage entre le concept vulgaire et le concept scientifique.<sup>21</sup>

La présente démarche correspond davantage à la recherche de la signification du concept d'indérogeabilité à travers le rôle joué et les fonctions assumées par celui-ci en droit international, qu'une tentative d'identification de critères strictes de détermination. Assurément, les origines et les causes sous-tendant l'existence des normes indérogeables devront être abordées, pour comprendre les effets et les finalités de l'indérogeabilité, mais ceci ne constitue pas le cœur de notre thèse.<sup>22</sup> On pourrait certes nous reprocher que la description de l'indérogeabilité ne serait pas complète sans un examen précis des raisons qui ont fait émerger cet ensemble normatif, mais notre préoccupation fondamentale est de comprendre les justifications fonctionnelles du maintien et de l'évolution du phénomène des normes indérogeables.

---

<sup>17</sup> «...language as such conveys no clear and objective meaning and that only by resorting to context and/or other extra-linguistic elements may meaning be considered clear.», BIANCHI, Andrea, «Textual interpretation and (international) law reading: the myth of (in)determinacy and the genealogy of meaning»,..., p. 36

<sup>18</sup> «...generic concepts are formed by abstraction from more than one species.», JANAWAY, Christopher, *Self and World in Schopenhauer's Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 112

<sup>19</sup> « When we set out to construct a given discipline, we distinguish, first of all, a certain small group of expressions of this discipline that seem to us to be immediately understandable: the expressions of this group we call primitive terms of undefined terms, and we employ them without explaining their meanings. At the same time, we adopt the principle: not to employ any of the other expressions of the discipline under consideration, unless its meaning has first been determined with the help of primitive terms and of such expressions of the discipline whose meanings have been explained previously.», TARSKI, Alfred, *Introduction to Logic and to the Methodology of Deductive Sciences*, New York, Oxford University Press, 1946, p. 118

<sup>20</sup> « On the other hand, the concept owes its meaning and its justification exclusively to the totality of the sense impressions which we associate with it. », EINSTEIN, Albert, *Ideas and Opinions: Based on my Weltbild*, New York, Wings Books, 1954, p. 291

<sup>21</sup> Voir **note de bas de page 7** *supra*.

<sup>22</sup> Voir à ce sujet, JAMES, William, *Some Problems of Philosophy: A beginning of an Introduction to Philosophy*, London/New York, Longmans Green and Co, 1911. Et, DURKHEIM, Emile, *Les règles de la méthode sociologique*,..., p. 91 et p. 95: « (...) l'organe est indépendant de la fonction, c'est-à-dire que, tout en restant le même, il peut servir à des fins différentes. C'est donc les causes, qui le font être, sont indépendantes des fins auxquelles il sert. (...) Quand donc on entreprend d'expliquer un phénomène social, il faut rechercher séparément la cause efficiente qui le produit et la fonction qu'il remplit. »

### 3. Une approche fonctionnelle du concept

#### a. Objectifs de la démarche

Le droit, en tant qu'institution sociale, remplit des fonctions fondamentales au sein de la société qu'il a pour tâche de réguler.<sup>23</sup> Toute règle d'un système juridique peut donc être analysée sous l'angle fonctionnel, chacune d'elle étant investie d'une tâche spécifique. Le droit a un impact sur notre réalité sociale, en ce qu'il gouverne nos actions et influence nos décisions. Tout fait ou toute création sociale, afin d'avoir une signification concrète, vise la réalisation de certaines fins.<sup>24</sup> Toutefois, tout phénomène existant dans une société n'a pas automatiquement une fonction: les faits sociaux « peuvent » avoir une, ou plusieurs fonctions, mais également en être dépourvus.<sup>25</sup> Toutefois, il est difficilement réfutable que le droit possède une multitude de fonctions sociales: maintien de l'ordre, prévention des crimes et délits, garantie d'une coopération entre les membres du groupe, punition des actes répréhensibles, par exemple. Ces conclusions s'appliquent également au régime juridique international, même si tout corpus juridique doit s'adapter aux besoins de la collectivité, où il est inséré. Le droit international remplit par conséquent des fonctions qui lui sont propres et qui répondent aux exigences de la société internationale.

L'approche fonctionnelle en droit comprend une dimension dynamique, qui implique qu'elle ne se limite pas à une simple description des règles. Cet aspect se révèle être indispensable à ce projet, car l'indérogeabilité est un concept élastique, dont la définition et le contenu sont sujets à des interprétations diverses et changeantes. Dans les différents champs d'investigation, nous présumons trouver une évolution dans la détermination des normes indérogables, ainsi que de leurs fonctions et de leurs effets. Plus globalement, les règles de droit se doivent d'être fluides pour réaliser efficacement leur mission au sein de la société : si le droit veut garder sa validité et sa légitimité, il lui revient de s'ajuster aux conditions contingentes de son environnement et garder un lien constant avec celui-ci. Pourtant, un des problèmes inhérents au droit international demeure, à

---

<sup>23</sup> « We understand human activity by grasping its relevance to an effect preconceived in human minds ; we realize the meaning of something by experiencing its functional destination toward a consciously anticipated goal.», NIEMEYER, Gerhart, «The Significance of Function in Legal Theory», *New York University Law Quarterly Review*, vol. XVIII, novembre 1940, N°1, p. 13

Et: « Est fait social toute manière de faire, fixée ou non, susceptible d'exercer sur l'individu une contrainte extérieure ; ou bien encore, qui est générale dans l'étendue d'une société donnée tout en ayant une existence propre, indépendante de ses manifestations individuelles.», DURKHEIM, Emile, *Les règles de la méthode sociologique*,..., p. 14. Selon Emile Durkheim, la contrainte est constituée soit par une sanction déterminée, soit par la résistance provoquée par tout acte pouvant affecter le fait social en question. *Ibidem*, p. 11.

<sup>24</sup> « For something to perform a function is for it to have certain effects on a containing system, which effects contribute to the performance of some activity of, or the maintenance of some condition in, that containing system.», CUMMINS, Robert, «Functional Analysis», *The Journal of Philosophy*, vol. 72, N° 20, 1975, p. 741

<sup>25</sup> « (...) c'est qu'un fait peut exister sans servir à rien, soit qu'il n'ait jamais été ajusté à aucune fin vitale, soit que, après avoir été utile, il ait perdu toute utilité, en continuant à exister par la seule force de l'habitude.», DURKHEIM, Emile, *Les règles de la méthode sociologique*,..., p. 91

savoir qu'il lui est parfois difficile de reformuler ou amender ses règles pour les réconcilier avec la réalité, par conséquent :

« *What is wanted is a way of legal thinking which corresponds to the cultural pattern of this age. It is submitted that the functional approach to legal problems is the only possible answer to this need.* »<sup>26</sup>

Examiner le droit par ses fonctions facilite l'évaluation de son efficacité et de son impact sur les relations sociales qu'il gouverne et ne constitue donc pas, un exercice purement théorique. Il comporte un aspect éminemment pratique. En outre, cette méthode permet de se détacher des critères traditionnellement admis pour étudier le droit et sa force contraignante: modes de création des règles, sources, degré de respect ou encore présence d'une sanction. Le droit peut se présenter sous des formes plurielles : le système juridique international ne possède pas les caractéristiques des ordres domestiques, mais cela ne signifie pas qu'il ne remplit pas de véritables fonctions normatives et régulatrices.

« (...) *an acceptance that you have to study these rules from the point of view of the duty they perform, and if your rule does not suit the mission that it has to discharge, then you must consider why it does not.* »<sup>27</sup>

Le terme « fonction » est entendu ici dans le sens de tâche ou de destination. Emile Durkheim a défini la fonction d'un fait social comme la correspondance entre celui-ci et les besoins de l'organisme social où il agit, sans se préoccuper de savoir si cette correspondance est intentionnelle ou non.<sup>28</sup> La fonction du droit international est de répondre aux exigences des acteurs de l'arène internationale, réguler leurs rapports et ainsi, assurer les conditions d'existence du système. De plus, la fonction ou les fonctions d'une règle de droit international représente(nt) aussi bien celle(s) que le législateur a voulu donner à la norme, que celle(s) qu'elle remplit effectivement. Il pourra être apprécié par la suite que cette distinction entre fonction idéale et fonction réelle a son importance relativement à notre sujet.<sup>29</sup> L'indérogeabilité, en tant que concept juridique, existe, afin de réaliser une ou plusieurs fonctions, qui devraient varier selon les domaines, où elle est invoquée. Il est certain que certaines fonctions des normes indérogeables paraissent évidentes : en tant qu'ensemble de règles de droit, auxquelles aucune dérogation n'est permise, ces règles se voient dotées d'une importance accrue, ce qui tend d'emblée à introduire une idée de hiérarchie au sein de l'ordre juridique international. Au cours des présentes recherches, nous serons éventuellement amenés à découvrir que l'indérogeabilité implique d'autres fonctions, tant juridiques, qu'extra-juridiques, ou qu'elle puisse assumer des tâches, qui n'étaient pas les

---

<sup>26</sup> NIEMEYER, Gerhart, «The Significance of Function in Legal Theory»,..., p. 2

<sup>27</sup> KEETON, George W., «International Law and the Future (A Plea for a Functional Approach) », *Transactions of Grotius Society, Problems of Peace and War*, vol. 27, 1941, p. 55

<sup>28</sup> Voir DURKHEIM, Emile, *Les règles de la méthode sociologique* ..., p. 95

<sup>29</sup> « *The function of things has two aspects: a conceivable task and an actual performance. Both aspects are inseparable in reality.* », NIEMEYER, Gerhart, «The Significance of Function in Legal Theory»,..., p. 44.

siennes initialement.<sup>30</sup> L'approche fonctionnelle peut être risquée, dans le cas où l'indérogeabilité ne remplit aucune fonction effective, ou aucune des fonctions attendues: il en découlera la conclusion que le phénomène recouvre des réalités si variées, qu'il est impossible d'avoir recours à un concept unique pour définir chacune d'entre elle.

L'approche fonctionnelle est valable comme une première intuition et se révèle être utile pour établir les hypothèses de recherche, que nous nous efforcerons de confirmer en les confrontant à la réalité juridique internationale, par l'emploi d'illustrations tirées de la jurisprudence internationale, régionale et nationale et des exemples concrets issus des relations entre les sujets de droit international.

### **b. Hypothèses sur les fonctions de l'indérogeabilité en droit international**

Comme mentionné ci-dessus, il est assumé que l'indérogeabilité puisse être dotée de fonctions diverses en droit international. De plus, ces fonctions devraient posséder un caractère contingent : l'utilité des normes indérogeables doit différer, selon le contexte et les circonstances où elles trouvent application. Cette catégorie normative n'est pas un ensemble immuable, mais au contraire, elle est supposée évoluer parallèlement aux développements subis par le système juridique international. Le débat doctrinal, fortement marqué par une fragmentation du discours, et les apports jurisprudentiels, qui se multiplient au vu de l'accroissement du nombre d'instances (quasi-)juridictionnelles, pèsent également sur la définition des normes indérogeables. Comme toute autre institution juridique, l'indérogeabilité poursuit certaines fins, qui doivent servir le corps social où elle existe. La première des fonctions remplies par le concept devrait donc être une *fonction sociale* : permettre à la société internationale de subsister et de se développer, par l'imposition de certaines normes qui doivent être respectées en toute situation, car elles sont considérées comme essentielles à la survie du groupe en question. Une norme indérogeable impose de ce fait des limitations à la volonté des sujets de droit d'adopter certaines conduites. *A priori*, si les membres d'une société décident ou acceptent qu'une norme soit dotée d'un caractère indérogeable, ils reconnaissent que celle-ci possède une importance particulière ou qu'elle remplisse une fonction indispensable au bon fonctionnement du système social dans lequel la norme opère. En effet, il s'agit, soit de protéger la valeur véhiculée par la norme, car elle représente un principe fondamental de l'ordre concerné pris dans son entièreté, soit de préserver

---

<sup>30</sup> «Thus, when we describe the function of something in the present, we make reference to a future event or effect which, in some cases, will never occur.», BIGELOW, John, PARGETTER, Robert, «Functions», *The Journal of Philosophy*, vol. 84, N°4, avril 1987, p. 181

l'intégrité d'un régime juridique particulier, qui lui aussi est nécessaire à la protection de la société concernée.

Ensuite, les normes indérogeables peuvent se voir associer une fonction qui n'est pas spécifique à ces dernières, car toute règle de droit, indépendamment de son degré de force contraignante, participe à la sauvegarde du système juridique, auquel elle appartient et en assure la cohérence et son efficacité. La présence d'une catégorie de règles au sein de l'ordre juridique international, dotée d'un statut particulier, n'est pas due au hasard et doit constituer un mécanisme spécifique de fonctionnement du droit international. De cette affirmation, il est possible de faire découler une série de *fonctions juridiques*, que pourraient remplir les normes indérogeables. Celles-ci introduisent en droit international *une idée de « hiérarchie »* : les normes et les principes, qui ne sont pas sujets aux dérogations, sont perçus comme plus essentiels et servant des fins plus élevées, que les normes ordinaires. Le droit international est traditionnellement basé sur l'égalité entre ses normes et ses sources : l'indérogeabilité engendrerait certaines exceptions aux principes classiques de droit international et renverserait le paradigme classique par l'insertion d'une classification des règles juridiques.<sup>31</sup> Cette tendance à l'agencement de l'ordre international est sous-tendue par une volonté de quelques internationalistes de faire de celui-ci un système plus rationnel et plus ordonné, mais également de le rapprocher des ordres juridiques internes, qui ont une structure pyramidale, possédant à leur apex, un document constitutionnel qui détermine la validité des règles qui lui sont inférieures. Cette analogie peut se révéler être néfaste au droit international, car la société internationale ne peut être comparées aux sociétés étatiques, tant au niveau de son organisation, de ses membres, que de ses origines historiques. Par conséquent, chaque système doit être pourvu des règles ajustées à sa structure.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> Sur les questions relatives à l'existence d'une normativité relative ou graduée en droit international et d'une hiérarchie entre les normes juridiques internationales, voir: AKEHURST, Michael Barton, «Hierarchy of Norms in International Law», *British Year Book of International Law*, 1974-1975, vol. 47, pp. 273-285; CAPLAN, Lee M., «State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: A critique of the normative hierarchy theory», *American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, pp. 741-781; FASTENRATH, Ulrich, «Relative Normativity in International Law », *European Journal of International Law*, vol. 4, n°3, 1993, pp. 305-341; KIRCHNER, Stefan, «Relative Normativity and the Constitutional Dimension of International Law: A place for Values in the International Legal System?», *German Law Journal*, vol. 5, n°1, 2004, pp. 47-64; KOSKENNIEMI, Martti, «Hierarchy in International Law: a Sketch», *European Journal of International Law*, vol. 8, n°4, 1997, pp. 566-582; MERON, Theodor, «On a Hierarchy of International Human Rights», *American Journal of International Law*, vol. 80, 1986, pp. 1-23; SHELTON, Dinah, «Normative Hierarchy in International Law», *American Journal of International Law*, vol. 100, 2006, pp. 291-323; Prosper, WEIL, «Towards Normative Relativity in International Law », *American Journal of International Law*, 1983, vol. 77, pp. 413-442; WEILER, Joseph H.H., PAULUS, Andreas L., «The structure of change in International Law or is there a Hierarchy in International Law», *European Journal of International Law*, vol. 8, n°4, 1997, pp. 545-565

<sup>32</sup> A propos de la *Charte des Nations Unies*: «The underlying analogy risks blurring fundamental differences between the nature of the UN system and classical issues of the separation of powers in a truly constitutional context. (...) In structural density, the UN Charter is still far from a closed system of competencies in which the application of constitutional concepts really makes sense.», HERDEGEN, Matthias, J., «The "Constitutionalization" of the UN Security System», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 27, 1994, p. 150. Egalement:

L'indérogeabilité inclut certainement une *fonction de priorisation*, qui peut permettre de dépasser certains problèmes liés au schéma d'équivalence normative du droit international. Le fait que des normes soient considérées comme prioritaires facilite la résolution des conflits normatifs, inhérents à tout système de droit.<sup>33</sup> Cette question acquiert une importance fondamentale, quand soulevée en lien avec l'ordre juridique international. En effet, celui-ci est dépourvu de pouvoirs législatifs, exécutifs et judiciaires centralisés, investis du pouvoir de trancher les conflits. Il est cependant nécessaire que certaines restrictions soient imposées à la liberté d'action des sujets, et notamment des Etats, pour maintenir une certaine stabilité et éviter l'anarchie. Les incompatibilités entre normes juridiques sont un phénomène fortement exacerbé par la fragmentation de l'ordre international, qui se traduit par la multiplication des normes et des standards, par un accroissement des domaines régulés par le droit international et la prolifération des instances ayant l'autorité de se prononcer sur le droit international, ainsi que par l'apparition de nouveaux sous-régimes ou régimes juridiques spécialisés.<sup>34</sup> L'indérogeabilité sert aux premiers abords à prescrire certains

---

« La situation au plan international est totalement différente. Il est connu, *omnibus iuris et consensibus*, que la communauté internationale ne dispose pas d'un gouvernement central, ni de la séparation et de l'équilibre concomitants des pouvoirs. En particulier, les juridictions internationales, y compris le Tribunal international, ne constituent pas la branche judiciaire d'un quelconque gouvernement central. La communauté internationale est essentiellement composée d'États souverains, tous jaloux de leurs prérogatives et privilèges de souveraineté et insistant sur leur droit respectif à l'égalité et au respect total par les autres États de leur domaine réservé. Tout organe international doit, par conséquent, tenir compte de cette structure fondamentale de la communauté internationale. Il s'ensuit que les juridictions internationales ne possèdent pas nécessairement, vis-à-vis des organes des États souverains, les mêmes pouvoirs qu'exercent les juridictions internes sur les organes administratifs, législatifs et politiques de l'État. C'est pourquoi la transposition au plan de la communauté internationale d'institutions, interprétations ou approches juridiques prévalant dans un contexte national peut être source de confusion et d'erreurs. En plus de susciter l'opposition des États, cette approche pourrait finir par gommer les caractéristiques distinctives des juridictions internationales. », *Le Procureur vs. Thomir Blaskic*, Arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de Première Instance rendue le 18 juillet 1997, Chambre d'appel, TPIY, arrêt du 29 octobre 1997, § 40

« Il n'est pas d'une manière générale approprié de raisonner par analogie avec le caractère hiérarchique du système juridique interne en raison des différences entre les deux systèmes. Cela étant, certaines règles de droit international sont plus importantes que d'autres, ce qui leur confère une position supérieure ou un statut spécial dans le système juridique international. C'est ce que l'on exprime parfois en désignant certaines normes comme «fondamentales» ou comme l'expression de «considérations élémentaires d'humanité» ou de «principes intransgressibles du droit international». L'effet que peuvent avoir de telles désignations est habituellement déterminé par le contexte ou l'instrument précis dans lequel la désignation apparaît. », *Fragmentation du Droit International. Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du Groupe d'Etude de la Commission du droit international, cinquante-huitième session, mai-août 2006, A/CN.4/L.702, 28 juillet 2006, § 31, p. 21.

<sup>33</sup> Le conflit naît lorsque «*simultaneous compliance with the obligations of different instruments is impossible*», que le Professeur Jenks distingue de la divergence qui «*may defeat the object of one or other of the conflicting instruments, either by making one of them practically inoperative or by preventing the attainment of international uniformity*. », JENKS, Wilfred, «The Conflict of Law-Making Treaties», *British Yearbook of International Law*, vol. 30, 1953, p. 451

<sup>34</sup> « La fragmentation de la société internationale a pris de l'importance au plan juridique d'autant qu'elle s'est accompagnée de l'apparition de règles ou d'ensembles de règles, d'institutions juridiques et de domaines de pratique juridique spécialisés et (relativement) autonome. » Sont cités comme domaines relevant du champ d'application des régimes spécialisés: le droit commercial, le droit de l'environnement, le droit de la mer, le droit européen et américain, le droit international des droits de l'homme, le droit des réfugiés, le droit des investissements... Chacun est considéré comme régi par ses propres principes et institutions et tend à ignorer ce qui se passe dans les autres domaines du droit. *Fragmentation du Droit International. Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit*

comportements et indirectement, à en exclure d'autres. La problématique qui se pose est de savoir si l'instrument est employé pour imposer les mêmes normes en toute situation, ou si la manière d'y recourir dépend de l'instance qui en fait application, de ses stratégies interprétatives et des intérêts qu'elle a à défendre. Comme toute construction juridique, l'indérogeabilité devrait être sensible aux interprétations qu'en peuvent en donner les diverses voix ayant autorité. Au-delà de ces interrogations, auxquelles ce travail tentera de répondre, il apparaît à ce stade du raisonnement, que l'indérogeabilité constitue un *outil de droit*, dans le sens où elle a le potentiel de remplir des fonctions purement juridiques.

Outre ce rôle de mécanisme juridique, il est probable que l'indérogeabilité puisse avoir une portée symbolique. Les normes indérogeables sont pourvues d'un statut particulier : leur protection contre les transgressions est renforcée par l'interdiction de toute dérogation et parfois, par l'application d'une sanction aggravée. Une des raisons sous-tendant l'existence d'un régime particulier attaché à ces normes est que celles-ci sont le reflet de certaines valeurs et intérêts qui sont primordiaux pour l'ensemble de la société internationale.<sup>35</sup> Expression de valeurs morales, éthiques, mais aussi politiques, idéologiques et juridiques, les règles qui ne souffrent d'aucune dérogation sont utiles à la promotion et la protection de ces *policies* et assument donc *une fonction à caractère axiologique*. En droit international, public et privé, il existe une panoplie de techniques juridiques, qui visent à imposer des normes, véhiculant des valeurs fortes et reflétant les aspirations et les besoins du corps social et à éliminer celles, qui sont perçues comme dangereuses pour la stabilité globale du système. Pour le juriste « puriste », le terme de valeur est marqué du sceau de la contingence, de la subjectivité et de la variabilité temporelle et culturelle, ensemble de traits qui entrent en collision avec le caractère prétendument stable, objectif et rationnel de la matière juridique.<sup>36</sup> Cependant, tout système juridique est lié par certaines valeurs, principes et standards

---

*international, Rapport du Groupe d'Etude de la Commission du droit international, établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi, cinquante-huitième session, mai-août 2006, A/CN.4/L.682, 13 avril 2006, pp. 11-12, §§ 8-9.*

<sup>35</sup> «(...) values are the vocabulary of socially approved goals used to motivate actions and to express and justify solutions, which are chosen by the decision-makers.», SMITH, Peter B., SCHWARTZ, Shalom H., «Values», in BERRY, John W., et al. (Eds.), *Handbook of Cross-cultural Psychology*, New York, Allyn and Bacon, 1997, vol. 3, p. 95

<sup>36</sup> «Reason is thus an essential aspect of the rule of law. It is the mechanism by which emotions, interests, and force are supposedly kept in check. In legal analysis, any time that reason is perceived to break down, the rule of law is immediately threatened.», SCHLAG, Pierre, *The enchantment of Reason*, Duke University Press, Durham and London, 1998, p. 20

Et: « 49. La Cour abordera maintenant certaines questions plus générales. Tout au long de la présente affaire, on a dit ou laissé entendre que des considérations humanitaires suffisent à faire naître des droits et obligations juridiques et que la Cour peut et doit agir en conséquence. La Cour ne le pense pas. La Cour juge le droit et ne peut tenir compte de principes moraux que dans la mesure où on leur a donné une forme juridique suffisante. Le droit, dit-on, répond à une nécessité sociale, mais c'est précisément pour cette raison qu'il ne peut y répondre que dans le cadre et à l'intérieur des limites de la discipline qu'il constitue. Autrement, ce n'est pas une contribution juridique qui serait apportée.

partagés par l'ensemble des membres de la société de manière relativement permanente, ce qui réduit leur dimension insaisissable, mais n'empêche en rien leur évolution au gré des changements qui se produisent au niveau des "mœurs" collectives.<sup>37</sup> Les valeurs doivent être prises en considération et ceci, d'autant plus en droit international, domaine où il est compliqué de distinguer les facteurs qui relèvent purement de la sphère juridique, des influences issues d'autres disciplines.<sup>38</sup> Ce constat découle notamment des modes décentralisés de création et d'application des règles, perméables aux influences extérieures, mais aussi simplement du fait que le droit est une activité humaine et une institution sociale.<sup>39</sup> En outre, même si la question de l'existence d'une réelle communauté internationale est débattue, il est indéniable qu'émerge progressivement :

*«(...) of community interest (...) according to which respect for certain fundamental values is not to be left to the free disposition of States individually or inter se but is recognized and sanctioned by international law as a matter to all States.»<sup>40</sup>*

---

50. *Des considérations humanitaires peuvent inspirer des règles de droit; ainsi le préambule de la Charte des Nations Unies constitue la base morale et politique des dispositions juridiques qui sont énoncées ensuite. De telles considérations ne sont pas cependant en elles-mêmes des règles de droit. Tous les Etats s'intéressent à ces questions; ils y ont un intérêt. Mais ce n'est pas parce qu'un intérêt existe que cet intérêt a un caractère spécifiquement juridique.»*, *Affaire relative au Sud-ouest africain, Libéria vs. Afrique du Sud*, jugement du 18 juillet 1966, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J. 1962, Deuxième phase, p. 34, §§ 49-50. Aussi bien les principes moraux que d'autres considérations extra-juridiques ont une influence plus grande que celle envisagée par la Cour dans le cas d'espèce. Un principe qui ne trouve pas expression sous une forme juridique traditionnellement acceptée comme étant une source de droit peut avoir néanmoins une force normative et des effets juridiques, ce que les juges ont de la difficulté à accepter, § 51 : *«(...) mais, pour que cet intérêt puisse prendre un caractère spécifiquement juridique, il faut que la mission sacrée elle-même soit ou devienne quelque chose de plus qu'un idéal moral ou humanitaire. Pour engendrer des droits et des obligations juridiques, elle doit avoir une expression et une forme juridiques. Une de ces formes pourrait être le régime de tutelle des Nations Unies; une autre pourrait être celle que prévoit pour les territoires non autonomes le chapitre XI de la Charte, qui se réfère expressément à une mission sacrée. Dans chaque cas, les droits et les obligations juridiques sont ceux et uniquement ceux que prévoient les textes pertinents, quels qu'ils soient.»*

<sup>37</sup> Relevons la distinction faite par Rosalyn Higgins sur la différence entre l'école américaine et l'école britannique. L'approche américaine, et plus précisément la *New Haven School*, considère le droit comme *«a tool of social engineering, a process to attain social ends and to achieve common values, political and moral ends of the community...»*, et l'approche européenne: *«[International law] is a set of neutral rules, which is the task of the judge to objectively apply to the facts before him (...). Law is rules; (that) these rules are neutral rules and the judiciary is objective; (that) its prime task is to apply rather than make the rules.»*, HIGGINS, Rosalyn, *«Policy Considerations and the International Judicial Process»*, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 17, 1968, p. 58. Aussi: HIGGINS, Rosalyn, *«Introductory Statement»*, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 2, 1972, pp. 2-3: *«The introduction of policy considerations, many British would argue, makes international law unscientific and unpredictable.»*

<sup>38</sup> *«In the domain of law, there exist grey areas, marginal areas or imprecision which have to be completed by a creative process: there must be room for policy in these interstices. It is difficult to distinguish between law and policy in this process, law and policy are different factors used in this creative process of reaching decisions.»*, LAUTERPACHT, Elihu, *«The Place of Policy in International Law»*, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 2, 1972, p. 23

<sup>39</sup> *«The necessity of law, as a human and social creation, lies in the social force or pressure that produces, through compulsion or persuasion, the obedience of subjects. Law-makers and others appeal to technological concepts of social reality- such as legitimacy, welfare, efficiency- to design a correspondence between social needs and social policy. Claims of, and responses to, law are made in terms of the values- equality, liberty, fairness, toleration, self-rule- of society (...). Modern society issues law and noisily announces, declares, and enacts its own- socially-constructed and socially-contested- values and norms into the social policies of modern law.»*, CONSTABLE, Marianne, *«The Shuffle of Things: Law and Knowledge in Modern Society»*, *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 8, N°1, janvier 2007, pp. 77-79

<sup>40</sup> SIMMA, Bruno, *«From bilateralism to community interest in international law»*, *RCADI*, vol. 250, 1994, p. 233

D'où la nécessité de protéger ces intérêts et valeurs contre les actes pouvant leur porter atteinte, par l'intermédiaire de normes possédant une autorité renforcée par rapport aux autres règles, ce qui tend à participer à l'unification et à l'homogénéisation de la société internationale.<sup>41</sup> L'indérogeabilité participe assurément à la mise en place d'une hiérarchie axiologique, certaines valeurs et intérêts étant situés au sommet de la pyramide et on ne peut nier que les valeurs qui circulent au sein du corps social, permettent à certains phénomènes d'acquérir une force normative ou de renforcer celle-ci.

La méthodologie employée au cours de ce travail aura pour objectif principal de confirmer ou d'infirmer les hypothèses émises sur les fonctions des normes indérogeables, ceci par l'entremise d'un examen détaillé et précis de la pratique internationale dans les domaines pertinents.

#### **4. Précisions sémantiques et terminologiques**

Afin d'entamer la partie substantielle du travail, il paraît indispensable de préciser certains termes auxquels il sera fait recours, afin d'éviter toute confusion entre des notions susceptibles de posséder plusieurs significations. Ces derniers font partie du vocabulaire du droit international, mais ont été que trop souvent confondus et employés à mauvais escient.

##### **a. L'indérogeabilité, un concept mystérieux?**

L'indérogeabilité a été présentée comme un concept, qui n'a été que peu analysé en tant que tel, mais l'interdiction de déroger à certaines normes n'en est pas pour autant un phénomène nouveau. Il apparaît en effet déjà dans le droit romain antique.<sup>42</sup> Il a évolué au fil des siècles, parallèlement

---

L'idée de communauté internationale a été initialement développée par les juristes espagnols, Vitoria et Suarez. Ils acceptèrent l'idée d'une « *civitas maximas : communauté de droit public, dont le bien commun est la finalité supérieure, en vertu de laquelle doivent être mesurées les justes activités de chacune des autres communautés humaines.* » Vitoria et Suarez, *Contribution des théologiens au droit international moderne*, Paris, Pedone, 1939, p. 5 de l'introduction par James Brown Scott. Pour Vitoria, la communauté internationale découle de la « *sociabilité inhérente à la nature humaine, qui s'étend à l'ensemble du genre humain, que Vitoria dénomme l'orbis, lequel embrasse des peuples, des nations, des Etats.* », TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Histoire du droit international public*, Paris, Economica, 1995, p. 51 Selon Suarez, « (...) *le genre humain, bien qu'il soit divisé en nations et royaumes différents, a cependant une certaine unité, non seulement spécifique, mais aussi quasi politique et morale, qui résulte d'un précepte naturel de l'amour et de la charité mutuelle, qui doivent s'étendre à tous...chacune de ces communautés est aussi, d'une certaine manière, membre de cet ensemble qu'est le genre humain...elles ont besoin de quelque droit qui les dirige et les ordonne convenablement dans ce genre de relations et de société.* », SUAREZ, Francisco, *De legibus*, livre II, chapitre XIX, N° 9.

<sup>41</sup> A propos du *jus cogens*, voir ONUF, Nicholas G., BIRNEY, Richard K, «Peremptory Norms of International Law: Their Source, Function and Future», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 4, 1974, pp. 196-197: «*The major alternative is that they [jus cogens norms] perform a symbolic function. Concretely, this could mean that such principles stand as generally understood and accepted characterization of the abiding concerns of the international community.* »

<sup>42</sup> Le droit romain distinguait en effet le *jus publicum* du *jus privatum*. Le *jus publicum* romain incluait toutes les règles relatives à l'organisation politique, ainsi que les normes impératives de droit public et de droit privé. Ce corps de règles, propre à l'Etat romain et censé être issu de la volonté du peuple, était porteur d'une finalité collective, qui

au développement du droit international et se retrouve sous des formes différentes, selon la culture juridique prise en considération ; toutes les sociétés n'ont en effet pas la même approche, relativement aux principes et normes qu'il faut absolument ou prioritairement protéger. La problématique de l'indérogeabilité a déjà été la source de débats au sein de la doctrine et les instances judiciaires ou quasi-judiciaires internes et internationales y ont fait référence, le plus souvent participant à une certaine confusion en la matière. Néanmoins, ces apports ont parfois favorisé la compréhension de certaines notions et de leurs impacts.<sup>43</sup>

Un consensus existe sur le fait que tous les ordres juridiques sont pourvus de certaines normes auxquelles il n'est pas permis de déroger, que ce soit par convention contraire ou par un acte unilatéral, c'est-à-dire qu'il est impossible pour les sujets de droit d'adopter des régimes normatifs ou des comportements contraires à celles-ci. Les normes indérogeables limitent, en conséquence, la capacité des sujets à créer des normes et leur pouvoir de contracter et contraignent leur liberté d'agir au gré de leurs désirs et intérêts égoïstes. Dès les premières réflexions sur le droit international, les auteurs et les juristes ont distingué entre deux catégories de normes: le droit indérogeable et le *jus dispositivum* ou droit permissif. Il est admis que la majorité des normes de droit international relève de la deuxième catégorie, à savoir qu'elles peuvent être sujettes à des dérogations par accord entre les sujets ou sont appliquées que si les parties n'en n'ont pas décidé autrement.<sup>44</sup> Les normes indérogeables, quant à elles, ne tolèrent aucune modification, ni dérogation. L'interdiction de dérogation peut être attachée à des normes dotées d'une force

---

lui conférait son caractère indérogeable. « *Jus publicum privatorum pactis mutari non potest* ». Les accords dérogeant au *jus publicum* étaient frappés de nullité. Le droit privé, qui régulaient les rapports juridiques entre les personnes privées, ou entre les privés et les choses, pouvait être sujet à des dérogations, car visait des finalités individuelles et ne concernait pas les affaires de l'État. Ce droit privé devait en outre se conformer au droit public.

<sup>43</sup> Déjà en 1926, la Cour permanente de Justice internationale s'exprima en ces termes : « *D'autre part, il n'est guère douteux que l'expropriation admise par le titre III de la Convention est une dérogation aux règles généralement appliquées en ce qui concerne le traitement des étrangers et au principe du respect des droits acquis. Comme cette dérogation a elle-même un caractère strictement exceptionnel, il est permis d'en conclure qu'aucune autre dérogation n'est admise.* », *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, fond, Cour permanente de Justice internationale, Série A, N°7, arrêt du 25 mai 1926, p. 22

<sup>44</sup> VERDROSS, Alfred, « *Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law* », *American Journal of International Law*, vol. 60, 1966, p. 58.

Pour Francisco de Vitoria, le droit des gens est divisé en un droit universel du genre humain dans la tradition romaine et un droit des peuples, en tant que *jus inter gentes*. Le droit des gens fait partie du droit naturel, mais il existe également un droit des gens positif, issu de la volonté humaine, expresse ou tacite, qui peut être modifié par cette même volonté. TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Histoire du droit international public*,..., pp. 50-51. Suarez fit la différence entre le droit des gens et le droit naturel. Le droit des gens « *peut être changé, en tant qu'il dépend du consentement humain* ». Ce qu'interdit le droit des gens « *n'est pas en soi intrinsèquement mauvais. Ses préceptes ne se déduisent pas par raisonnement nécessaire et évident à partir des principes premiers ; il n'est pas obligatoire en vertu de la seule raison, indépendamment de tout impératif humain... Ainsi rien ne s'oppose à ce qu'il soit altéré quant à sa manière, pourvu que ce soit par l'autorité compétente.* » En réalité, le théologien espagnol entreprit une triple distinction entre le droit civil, qui peut être modifié en totalité, le droit des gens, qui ne peut l'être qu'en partie et le droit naturel qui lui est immuable, nécessaire et d'origine divine. Le droit naturel est donc indérogeable, car il est nécessaire et indépendant de tout acte de volonté. SUAREZ, Francisco, *De legibus*, Livre II, chapitre XX, N° 6 et N° 9.

contraignante plus ou moins forte, mais qui ont néanmoins une utilité spécifique dans le système juridique dont elles sont issues. Par conséquent, indérogeabilité ne signifie pas automatiquement impérativité ou caractère absolu, mais le qualificatif peut être attaché à certaines normes en raison de leurs effets et de leurs fonctions, justifiant ainsi leur régime juridique particulier.<sup>45</sup>

Notons qu'il n'est pas question ici d'affirmer que certaines normes sont plus obligatoires que d'autres, les normes dispositives doivent être observées au même titre que les normes indérogeables. Toute règle de droit est contraignante, mais les Etats peuvent consentir *inter partes* ne pas appliquer une norme ou en appliquer d'autres: puisqu'ils sont les créateurs des règles, ils peuvent décider d'y déroger. Le même principe existe en droit interne, la majorité des normes ont un caractère dispositif ou supplétif, à savoir qu'elles n'imposent pas une conduite exclusive: elles prévoient un comportement à adopter, mais offrent explicitement la possibilité aux parties d'adopter une autre conduite. D'autres règles, au contraire, interdisent aux sujets de les substituer dans leurs rapports réciproques par des conventions ou des contrats dérogoires, parfois sous peine de nullité.<sup>46</sup> Le phénomène d'indérogeabilité n'est donc ni nouveau, ni spécifique au droit international: la faculté de déroger est une compétence reconnue aux sujets de droit. Ce qui est intéressant en droit international, est que le législateur et principal destinataire des règles de droit, l'Etat, se soumet lui-même à la contrainte, par l'édiction ou l'acceptation de normes qui restreignent sa liberté dérogoire. Il est certain que les raisons qui expliquent cette volonté de s'autolimiter se devront d'être identifiées.

La notion même de dérogoion, tout comme l'action de déroger, connaissent plusieurs acceptions, qu'il nous faut saisir. L'indérogeabilité est un terme construit, afin de décrire des réalités juridiques disparates; comprendre son contraire constitue une première étape vers une intelligibilisation du concept.

---

<sup>45</sup> Le **chapitre II** consacré au *jus cogens* reviendra sur la distinction entre indérogeabilité et impérativité. Suarez souligna que « *si l'on doit reconnaître à certains principes du droit des gens ce caractère de nécessité, il ne faut cependant pas confondre droit des gens et droit naturel.* », *De legibus*, Livre II, chapitre XVII, N°6

<sup>46</sup> DIACONU, Ion, *Contribution à une étude sur les normes impératives en droit international*, Thèse présentée à l'Université de Genève, Genève, Faculté de droit, 1971, pp. 7-8

## **b. Déroger et dérogations**

« *Déroger* : 1) Terme de jurisprudence: Prendre des dispositions qui sont différentes de dispositions antérieures ou qui y sont contraires. Déroger à une transaction par une autre. Il se dit aussi de lois ou de dispositions qui en modifient ou révoquent une autre, s'écarter de quelque manière que ce soit de ce qui est établi par la loi, un acte d'autorité publique, une convention, un usage.

2) Ne pas se conformer à, porter atteinte à. Déroger aux droits de quelqu'un.

3) Déroger à noblesse, ou, absolument, déroger, faire une chose qui entraînerait la perte des droits et des privilèges de la noblesse.

4) Faire une chose indigne de, s'écarter par sa conduite de ce à quoi l'oblige l'honneur, la morale ou un autre code de conduite. »<sup>47</sup>

Il ressort de cette première définition générale du verbe déroger, qu'il s'agit bien d'un terme juridique, mais qu'il implique également une dimension morale et éthique. La liberté d'action des sujets est déterminée par des considérations légales et évaluée en fonction du droit, mais est aussi circonscrite par des motifs extra-juridiques. L'approche fonctionnelle de l'indérogeabilité a pour objectif de démontrer que les limites à cette autonomie sont imposées par le droit international, mais également par une prise de conscience de la part des acteurs de la société internationale que quelques normes doivent bénéficier d'une protection spécifique contre les atteintes, car elles remplissent des fonctions primordiales, juridiques et non-juridiques, au sein du système.

En droit, une dérogation constitue « *une exception dans l'application d'une règle d'origine contractuelle, légale ou administrative* » et se reconnaît par les expressions « *sauf si, à moins que à l'exception du cas où* ». <sup>48</sup> Le *Dictionnaire de droit international public* définit de la manière suivante le terme de dérogation :

- « A. *Non-application partielle d'un texte (un ou plusieurs articles) par la suite de la mise en vigueur entre les parties d'un nouveau texte portant sur le même objet.*
- B. *Non-application d'une norme supplétive par la volonté des sujets de droit.*
- C. *Se dit d'une situation où licence est laissée aux parties contractantes d'exclure l'application d'une norme conventionnelle dans certaines hypothèses prévues à l'avance.*
- D. *Non-application d'une règle par une autorité à titre de faveur ou pour toute autre raison, dispense accordée par une autorité à un sujet.*
- E. *Violation d'une règle.* »<sup>49</sup>

Ce travail portera essentiellement sur la notion de dérogation, telle que décrite au point B, ainsi qu'au point C.<sup>50</sup> Le point B admet que les normes dites supplétives tolèrent les dérogations, que

<sup>47</sup> *Dictionnaire de français Littré*, <http://littrereverso.net/dictionnaire-francais>, consulté le 30 octobre 2008

<sup>48</sup> <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/derogation-derogatoire.php>, consulté le 18 avril 2011.

<sup>49</sup> SALMON, Jean, (sous la dir.), *Dictionnaire du droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001

celles-ci soient exprimées de façon tacite ou expresse, contrairement aux normes indérogeables qui interdisent tout accord ou acte contraire. Le point C envisage le cas où un instrument juridique inclut une clause laissant la possibilité aux parties contractantes de déroger à une ou plusieurs de ses dispositions.<sup>51</sup> Le droit international étant considéré comme majoritairement composé de normes supplétives, tout Etat devrait posséder la faculté d'écarter l'application d'une norme, s'il le désire. Par conséquent, deux ou plusieurs Etats peuvent décider, par accord entre eux, d'introduire dans un instrument auquel ils sont parties, une disposition prévoyant la possibilité d'appliquer un autre régime que celui indiqué par la norme concernée ou de pouvoir déroger à certains articles dudit instrument. Une dérogation existe uniquement en relation avec la norme à laquelle elle déroge. Cette proposition peut être illustrée par deux exemples. L'Article 29 (2) b. de la *Convention pour le Règlement des Différends relatif aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats* prévoit qu'« A défaut d'accord entre les Parties, sur le nombre de conciliateurs et leur mode de nomination, la Commission comprend trois conciliateurs (...) ».<sup>52</sup> L'Article 10 de l'Annexe 5, concernant la procédure de conciliation, de la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer* énonce que les parties à un différend peuvent « convenir de déroger à toute disposition de la présente annexe » par accord entre elles.<sup>53</sup> Les clauses énoncées ont un caractère dispositif et les parties peuvent y déroger par leur propre volonté.

Déroger signifie remplacer un régime juridique par un autre régime, généralement plus restreint: la dérogation prend la forme, dans la plupart des cas, d'un accord entre des sujets à un régime, mais peut pareillement, comme nous le verrons ultérieurement, être un acte juridique unilatéral, issu de la volonté d'un seul sujet.<sup>54</sup> La dérogation représente un élément extérieur à la norme concernée, contrairement à une exception ou une simple limitation. Les sujets s'accordent à ne pas appliquer une norme supplétive spécifique. Cependant, certaines normes de droit international excluent cette possibilité, au vu des fonctions et du statut attachés à ces dernières.

---

<sup>50</sup> En effet, le point A fait référence à la question de la succession en matière de traités, sujet qui ne sera pas abordé extensivement. Le point E n'a pas réellement trait à la présente étude, mais nous procéderons à une distinction entre les notions de dérogation et de violation ci-après.

<sup>51</sup> Par exemple, l'article 28 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*: la norme relative à la non-rétroactivité peut être écartée par la volonté des parties.

<sup>52</sup> *Convention pour le Règlement des Différends relatif aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats*, Washington 18 mars 1965

<sup>53</sup> *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, Montego Bay, 10 décembre 1982

<sup>54</sup> Orakhelashvili associe, dans le cadre plus spécifique du *jus cogens*, la dérogation à une abrogation partielle ou à une neutralisation de la règle concernée entre certaines parties du régime juridique. Tout comme Robert Kolb, il définit le concept de dérogation comme « la fragmentation *ratione personae* d'un régime juridique objectif ou intégral en relations juridiques particulières ». Contrairement à notre opinion, ils excluent la dérogation par l'entremise d'un acte unilatéral. ORAKHELASHVILI, Alexander, *Peremptory norms in international law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 73. Voir également, KOLB, Robert, *Le Jus Cogens international: essai de relecture du concept*, Paris, Presses Universitaires de France, 2001

La **partie II. D. 5.** *infra* abordera cette approche du *jus cogens* comme technique juridique.

Le concept de dérogation doit être dissocié de la violation, qui lui est un « fait » matériel de non-respect d'une norme et de son contenu, la dérogation supposant un acte juridique.<sup>55</sup> Une norme est violée quand la conduite d'un ou plusieurs sujets de droit contraire à cette norme est dirigée à l'encontre d'un autre sujet sans son consentement. Une norme est dérogée lorsque la conduite d'un ou plusieurs sujets contraire à cette norme engendre la production de conséquences affectant uniquement les sujets qui dérogent, sans affecter les droits des autres. La dérogation a pour objectif premier de produire des « *inside effects* », au sein même du cercle des parties dérogeantes.<sup>56</sup> Dans le cas de la dérogation, le régime général reste applicable entre les parties qui n'ont pas souscrit au régime particulier, situation qui n'équivaut pas non plus à une abrogation ou une modification, qui mettent fin au régime envers tous les sujets. Dans certains cas, dérogation et violation sont sujettes à une certaine confusion. La modification d'une norme par les moyens ordinaires de création juridique se base sur l'action de l'ensemble des parties contractantes à un traité ou de la majorité des sujets dans le cadre du droit coutumier, alors que la dérogation suppose l'action de quelques parties, ou d'une seule.<sup>57</sup> La dérogation vise la modification de la norme ou son remplacement, contrairement à l'abrogation, qui représente l'annulation d'une loi :

*« Derogation is the partial abrogation of a law. To derogate from a law is to enact something which is contrary to it, while to abrogate law is to abolish it entirely. »*<sup>58</sup>

La dérogation peut être aussi liée à l'inclusion dans un traité d'une clause permettant aux parties de ne pas respecter leurs engagements, ceci de manière temporaire et exclusivement dans des circonstances prévues par le traité.<sup>59</sup> Une légalité exceptionnelle remplace la légalité normale pendant une période déterminée. Le but de ces clauses n'est pas de remettre en cause la validité de la norme, mais d'assurer la primauté du droit et de faire en sorte que les mesures prises par les Etats aient un minimum d'incidence sur les garanties offertes par le traité dans son entièreté. Le

---

<sup>55</sup> ORAKHELASHVILI, Alexander, *Peremptory norms...*, p. 73. L'auteur considère que la dérogation est une forme spécifique de violation, une violation par accord entre les parties.

<sup>56</sup> SZTUCKI, Jerzy, « Jus cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties: a critical appraisal », *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Supplementum 3, 1974, p. 68

<sup>57</sup> *Ibidem*

<sup>58</sup> <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/derogation>, consulté le 18 avril 2011. Et: « *Abrogation: the destruction or annulling of a former law by an act of the legislative power, by constitutional authority, or by usage. It stands opposed to rogation; and is distinguished from derogation, which implies the taking away of only some part of a law. Abrogation: the destruction or annulling of a former law, by an act of the legislative power, or by usage. A law may be abrogated or only derogated from; it is abrogated when it is totally annulled; it is derogated from when only a part is abrogated...*

2. *Abrogation is express or implied; it is express when it, is literally pronounced by the new law, either in general terms, as when a final clause abrogates or repeals all laws contrary to the provisions of the new one, or in particular terms, as when it abrogates certain preceding laws which are named.*

3. *Abrogation is implied when the new law contains provisions which are positively, contrary to the former laws, without expressly abrogating such laws. It is also implied when the order of things for which the law had been made no longer exists, and hence the motives which had caused its enactment have ceased to operate. »*

<sup>59</sup> Par exemple, l'article 15 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, l'article 4 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et l'article 27 de la *Convention interaméricaine des droits de l'homme* ; l'article 103 de la *Charte des Nations Unies*.

pouvoir de déroger ne découle donc pas ici de la nature supplétive ou impérative de la norme, mais de la volonté des Etats parties, exprimée sous la forme d'une clause dérogatoire. La dérogation n'est pas un élément extérieur à la norme, mais constitue une sorte d'exception à la règle dans des cas bien précis. Il s'agit d'une technique d'accommodation du droit aux réalités et aux exigences concrètes d'une situation. Cette technique n'est pas unique, le droit international comptant en effet d'autres instruments comparables.

### **c. Concepts connexes**

#### *i. Normes impératives*

La notion de norme impérative est proche, tant au niveau de sa signification que sa portée, de celle de norme indérogeable. Elle se retrouve en droit international à l'article 53 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*;<sup>60</sup> de ce fait, impérativité et indérogeabilité sont souvent associées au *jus cogens*, mais il paraît indispensable de distinguer les notions par souci de clarté. Il est possible de définir une norme impérative comme une norme qui s'impose absolument à tous les sujets d'un ordre juridique donné. Le terme impératif exprime une obligation ou un ordre et fait référence à une exigence catégorique, une nécessité à laquelle on ne peut se soustraire.<sup>61</sup> La Cour Suprême de la République fédérale allemande donna la définition suivante des normes impératives de droit international en 1965:

*« The quality of such peremptory norms may be attributed only to such legal rules as are firmly rooted in the legal conviction of the community of nations and are indispensable to the existence of the law of nations as an international legal order, and the observance of which can be required by all members of the international community. »*<sup>62</sup>

Il ressort de cette affirmation que l'impérativité d'une norme dépend de sa valeur aux yeux des membres d'une société donnée, ainsi que de sa fonction pour l'ensemble du système. De là découle l'impossibilité logique de pouvoir y déroger par des actes juridiques contraires et de se soustraire à son application.

---

<sup>60</sup> *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, article 53: « Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère. »

<sup>61</sup> Issu du verbe latin *imperare*: commander, ordonner, enjoindre, <http://www.prima-elementa.fr/Dico.htm>, consulté le 31 octobre 2008

<sup>62</sup> Cité par RIESENFELD, Stefan A., « Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law: In the Light of a recent Decision of the German Supreme Constitutional Court », *American Journal of International Law*, vol. 60, 1966, p. 512

Les notions de normes et obligations impératives en droit international se retrouvent déjà dans les théories jus naturalistes.<sup>63</sup> Il existerait selon celles-ci certains principes de droit universels et supérieurs, qui ont la caractéristique d'être éternels. Ces principes constituent le droit des gens naturel et/ou nécessaire. Hugo Grotius distingua entre un droit des gens naturel et un droit volontaire. Il affirma que les principes du droit naturel, dotés d'un caractère immuable, découlaient de « la droite raison » et qu'ils impliquaient « *une nécessité morale indépendante de toute institution morale ou divine* ». Wolff constata l'existence d'un droit des gens nécessaire, correspondant à un droit naturel appliqué aux Etats. Vu que le droit naturel est immuable, le droit des gens nécessaire l'est également. Par conséquent, aucun Etat ne peut se défaire de ce droit, ni délier un autre Etat.<sup>64</sup> Ce droit naturel était donc un ensemble de règles fixes, intouchables et indérogeables. Ces auteurs différenciaient le droit naturel des règles du droit volontaire ou positif, créé par la volonté expresse ou tacite des Etats.<sup>65</sup> Un certain nombre de règles impératives existait

---

<sup>63</sup> L'idée qu'un droit se situe au-dessus des transactions interétatiques est développée par les auteurs classiques issus de la tradition jusnaturaliste. Notamment, GROTIUS, Hugo, *Le droit de la guerre et de la paix*, traduit par P. Pradier-Fodéré, D. Alland et S. Goyard-Fabre, (Ed.), Paris, Presses Universitaires de France, 1999, Livre I, Chapitre I, §§ IX-X : « X. : *Le droit naturel est une règle que nous suggère la droite raison, qui nous fait connaître qu'une action, suivant qu'elle ou non conforme à la nature raisonnable, est entachée de difformité morale, ou qu'elle est moralement nécessaire et que conséquemment, Dieu, l'auteur de la nature, l'interdit ou l'ordonne.* » Et § XIII : « *Nous l'avons dit que l'autre espèce de droit volontaire qui tire son origine de la volonté. Il est humain ou divin.* » Grotius marqua une rupture avec la théorie classique du droit naturel, dans le sens où il opéra une laïcisation du droit naturel, qui ne découle plus d'une origine divine, mais de la raison.

WOLFF, Christian, *Jus Gentium, Methodo scientifica pretractatum, 1679-1754*, Oxford, Clarendon Press, London, H. Milford, 1934, Livre Premier et Livre Neuvième, Chapitre I : « I-II ...lorsque ce droit est appliqué aux Nations, on l'appelle droit nécessaire ou naturel, des gens...Il est parfaitement immuable ; et aucune Nation ne peut se libérer des obligations qui en découlent...VIII. Les Nations peuvent acquérir des Droits, et contracter des obligations par les Traités qu'elles font entre elles. C'est là le droit des gens pactis, qui n'est qu'un droit particulier. »

Et, VATTEL, Emer de, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Genève, Slatkine Reprints, Henry Dunant Institute, 1983, Tome Premier, Préliminaires, §§ 7-9. Vattel suggéra également qu'il existe un droit des gens naturel nécessaire, que les Etats sont obligés de respecter de manière impérative. Cet ensemble juridique est immuable, inaliénable et les Etats ne peuvent le modifier par voie d'accord unilatéral ou collectif. Il distingue ce corpus du droit des gens volontaire, qui lui est issu de la volonté, tacite ou expresse, des Etats et qui peut être modifié par cette même volonté

«§ 9 Les Nations n'y peuvent rien changer, ni se dispenser de l'obligation qu'il leur impose.

*De-là que ce Droit est immuable, et l'obligation qu'il impose nécessaire & indispensable ; les Nations ne peuvent y apporter aucun changement par leurs Conventions, ni s'en dispenser elles-mêmes ou réciproquement l'une l'autre. C'est ici le Principe au moyen duquel on peut distinguer les Conventions, ou Traités légitimes, de ceux qui ne le sont pas, et ses Coutumes innocentes et raisonnables de celles qui sont injustes ou condamnables.*

*Il est des choses justes et permises par le Droit des Gens nécessaire, dont les Nations peuvent convenir entre elles, ou qu'elles peuvent consacrer et fortifier par les mœurs et la Coutume. Il en est d'indifférentes, sur lesquelles les Peuples peuvent s'arranger comme il leur plaît par des Traités, ou introduire telle Coutume, tel usage qu'ils trouvent à propos. Mais tous les Traités, toutes les Coutumes qui vont contre ce que le Droit des Gens nécessaire prescrit, ou défend, sont illégitimes. Nous verrons toutefois qu'ils ne sont toujours tels que suivant le Droit interne, ou de Conscience ; et que par des raisons qui seront déduites en leur lieu, ces Conventions, ces Traités ne laissent pas que d'être souvent valides par le Droit externe. Les Nations étant libres et indépendantes ; quoique les actions de l'une soient illégitimes et condamnables suivant les Lois de la Conscience, les autres sont obligées de les souffrir, quand ces actions ne blessent pas leurs droits parfaits. La Liberté de cette Nation ne demeurerait pas entière, si les autres s'arrogeaient une inspection et des droits sur sa conduite : Ce qui serait contre la Loi Naturelle, qui déclare toute Nation libre et indépendante des autres. »*

<sup>64</sup> ORAKHELASHVILI, Alexander, *Peremptory norms...*, pp. 36-37. Voir les articles 51/52/131/148 des Conventions de Genève de 1949.

<sup>65</sup> KOLB, Robert, *Le Jus Cogens international...* pp. 59-65

donc chez les penseurs issus de la tradition jus naturaliste, mais la fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle et le XIX<sup>ème</sup> siècle, virent le déclin progressif de cette théorie et sa substitution par la doctrine positiviste, qui mit l'accent sur la souveraineté et la volonté des Etats, d'où la perte d'importance des normes impératives dans les relations internationales. Néanmoins, certains auteurs de cette époque acceptèrent la présence de normes possédant une force contraignante renforcée.<sup>66</sup> La *Convention de Vienne sur le droit des traités* a repris le terme de norme impérative pour qualifier le *jus cogens*, mais il sera compris dans le chapitre suivant, ses rédacteurs y ont introduit un élément positif, tentant de réaliser une synthèse entre les doctrines naturalistes et positivistes.

## ii. Normes et droits absolus, indivisibles, intangibles et inaliénables

D'autres termes, fréquemment employés par la doctrine, les tribunaux et autres instances autorisées, sont souvent évoqués conjointement avec la notion de norme indérogeable et sont parfois confondus avec elle. Le terme de *norme absolue* se dit d'une règle qui continue d'exister indépendamment des circonstances. Une norme ou un droit absolu ne peuvent être soumis à des limitations, des dérogations ou des exceptions, car aucune justification valable n'est admise pour restreindre la norme ou le droit.<sup>67</sup> L'interdiction de la torture est l'exemple qui est généralement offert pour expliciter ce terme.

*« Dans le système de la Convention, il est reconnu depuis longtemps que le droit énoncé à l'article 3 de ne pas être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. C'est un droit absolu qui ne souffre aucune dérogation en aucune circonstance. »*<sup>68</sup>

Par contre, le droit à la vie, mentionné dans les listes conventionnelles énumérant les droits indérogeables, ne peut recevoir le qualificatif d'absolu, car il est l'objet de certaines exceptions :

*« 1. Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi.  
2. La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire:  
a) pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale ;  
b) pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue ;*

---

<sup>66</sup> Charles Rousseau soutint que la notion d'ordre public était inexistante en droit international, en raison de la structure décentralisée de celui-ci. ROUSSEAU, Charles, *Principes généraux du droit international public*, Paris, Pedone, 1944, pp. 340-341. Paul Guggenheim affirma que les Etats pouvaient contracter librement, indépendamment de savoir si l'objet de la norme allait à l'encontre d'un principe fondamental. GUGGENHEIM, Paul, *Traité de droit international : avec mention de la pratique internationale et suisse*, Genève, Georg, 1953, p. 57. Certains auteurs positivistes reconnurent toutefois l'existence des normes impératives, notamment Lord MacNair, Hans Kelsen ou Grigory Tunkin. D'ailleurs, Paul Guggenheim changea par la suite d'avis sur le sujet.

<sup>67</sup> SHELTON, Dinah, « Hierarchy of Norms and Human Rights: Of Trumps and Winners », *Saskatchewan Law Review*, vol. 65, 2002, p. 310

<sup>68</sup> Affaire *Al-Adsani vs. Royaume-Uni*, Requête 35763/97, Arrêt, Cour européenne des droits de l'homme, 21 novembre 2001, § 59.

c) pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection.»<sup>69</sup>

L'*indivisibilité* fait référence à une certaine conception de l'unité et de la cohérence au sein d'un ensemble de règles de droit: la réalisation de chaque norme requiert la réalisation de toutes les autres normes appartenant au même régime. Une impression d'interdépendance apparaît avec cette idée, qui est surtout mise en évidence dans le domaine des droits de l'homme:

« Principe selon lequel la jouissance complète des droits civils et politiques et de celle des droits économiques, sociaux et culturels sont indissociables, chacune étant le support de l'autre.»<sup>70</sup>

Les droits de l'homme sont perçus comme un ensemble juridique qui ne peut être morcelé. La concrétisation et la jouissance de chaque droit dépend de l'accomplissement de tous les autres. Ramené à une norme prise isolément, l'*indivisibilité* signifie que cette norme n'admet aucune fragmentation et le respect de son intégrité est nécessaire pour son application et pour celle des autres normes qui y sont associées. A propos du droit à la vie, la Cour européenne des droits de l'homme a affirmé qu'il s'agissait d'un droit « sans lequel la jouissance des autres droits et libertés garantis par la Convention serait illusoire ».<sup>71</sup> L'*indivisibilité* peut être également liée à l'existence de régimes conventionnels ayant une structure d'exécution particulière, communément appelés traités intégraux, comme les accords de désarmement ou de dénucléarisation. En effet, ceux-ci ne peuvent être fragmentés ou bilatéralisés.

« L'obligation assumée par chaque partie individuellement n'est compatible avec l'objet et le but du traité que si elle est due à toutes les autres parties et respectée par elles.»<sup>72</sup>

L'*intangibilité* recouvre plusieurs significations et se voit très communément amalgamée avec l'*indérogeabilité*. Littéralement, intangible veut dire « sacré, inviolable; non-modifiable, immuable; que l'on ne doit pas toucher ou qui échappe au sens du toucher».<sup>73</sup> Une norme intangible représente une norme qui est à l'abri de toute atteinte, un minimum irréductible, un seuil

---

<sup>69</sup> Article 2 de la *Convention européenne des droits de l'homme*. Egalement, voir l'article 6 du *Pacte International relatif aux droits civils et politiques*, qui n'interdit pas la peine de mort; de même, l'article 4 de la *Convention interaméricaine des droits de l'homme*. La *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* signée le 27 juin 1981 à Nairobi, énonce le droit à la vie de manière absolue: « Article 4. La personne humaine est inviolable. Tout être humain a droit au respect de sa vie et à l'intégrité physique et morale de sa personne: Nul ne peut être privé arbitrairement de ce droit. »

<sup>70</sup> SALMON, Jean, (Dir.), *Dictionnaire de Droit International Public*,..., p. 574

Voir la *Proclamation de Téhéran du 12 mai 1968, Respect des droits de l'homme en période de conflit armé. Résolution XXIII adoptée par la Conférence internationale des droits de l'homme, Téhéran, 12 mai 1968 à son paragraphe 13: « Les droits de l'homme et les libertés fondamentales étant indivisibles (...) »*, ainsi que la *Déclaration de Vienne du 25 juin 1993, Déclaration et Programme d'Action de Vienne, Conférence Mondiale sur les droits de l'homme, 14-25 juin 1993, A/CONF/157/23, 12 juillet 1993 à son paragraphe 5: « Tous les droits de l'homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés. La communauté internationale doit traiter des droits de l'homme globalement, de manière équitable et équilibrée, sur un pied d'égalité et en leur accordant la même importance. S'il convient de ne pas perdre de vue l'importance des particularismes nationaux et régionaux et la diversité historique, culturelle et religieuse, il est du devoir des Etats, quel qu'en soit le système politique, économique et culturel, de promouvoir et de protéger tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales. »*

<sup>71</sup> Affaire *Pretty vs. Royaume-Uni*, Requête 2346/02, Arrêt, Cour européenne des droits de l'homme, 29 avril 2002, § 37

<sup>72</sup> KOLB, Robert, *Le Jus Cogens international*...pp. 149-150.

<sup>73</sup> *Dictionnaire de français Littré*, <http://littré.reverso.net/dictionnaire-francais>, consulté le 30 octobre 2008

infranchissable, qu'il est nécessaire de respecter, afin de préserver l'ordre normatif concerné. La doctrine fait couramment référence au « noyau intangible » des droits de l'homme, pour désigner les droits indérogeables communs aux divers systèmes de protection des droits de la personne.<sup>74</sup> Toute norme est censée être intangible, mais l'ajout de l'adjectif renforce le statut et la valeur de la norme considérée.

L'adjectif *inaliénable* est également utilisé pour qualifier une norme ou un droit qui ne peut être transformé et qui ne peut être l'objet d'une aliénation, d'une modification. L'Assemblée générale des Nations Unies a mis en évidence l'inaliénabilité de certains droits, comme le droit à l'autodétermination des peuples, le droit de chaque Etat à disposer librement de ses richesses et de ses ressources naturelles ou encore le droit au développement.<sup>75</sup> L'organe plénier des Nations Unies a souligné le caractère fondamental et naturel des droits en question et l'impossibilité pour le titulaire, que ce soit un Etat, un peuple ou un individu, d'être privé de son droit ou d'y renoncer. Le droit international humanitaire connaît également la notion d'inaliénabilité :

« *En droit des conflits armés, caractère des droits conférés par les Conventions de Genève du 12 août 1949. Ces droits sont inaliénables en ce sens que les personnes protégées par ces Conventions ne peuvent, non seulement, en être privées [par tout accord spécial contraire], mais de plus ne peuvent y renoncer elles-mêmes, que ce soit partiellement ou totalement.* »<sup>76</sup>

Par exemple, les personnes protégées par les *Conventions de Genève de 1949* ne peuvent renoncer à leurs droits en vertu des articles 7, 7, 7 et 8 de celles-ci.<sup>77</sup> Dans ce cas, l'inaliénabilité des droits est particulière, car elle est tributaire de la situation de conflit armé et de la position de vulnérabilité dans laquelle se trouvent les individus concernés. Les liens entre l'indérogeabilité et

---

<sup>74</sup> A savoir: le droit à la vie, l'interdiction de la torture et autres peines ou traitements, inhumains, cruels ou dégradants, l'interdiction de l'esclavage et l'interdiction de la rétroactivité des lois pénales. Ces quatre droits de l'homme sont communs aux listes incluses dans les traités en matière de protection des droits de la personne, qui énumèrent les droits qui ne peuvent être en aucun cas soumis à des dérogations lors de situations d'état d'urgence. Notons que le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* à son article 4§2 et la *Convention interaméricaine relative aux droits de l'homme* à son article 27§2 possèdent des listes des droits indérogeables plus longues, alors que la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* se limite aux quatre droits précités. (Article 15§2). La section **III. B. 2. iii.** abordera cette problématique.

<sup>75</sup> *Résolution 1514 (XV), Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux* du 20 décembre 1960; *Résolution 1803 (XVII), Souveraineté permanente sur les ressources naturelles* du 18 décembre 1962; *Résolution 41/128 sur le droit au développement* du 4 décembre 1986.

<sup>76</sup> SALMON, Jean, (Dir.), *Dictionnaire de Droit International Public*,..., p. 565

<sup>77</sup> *Convention de Genève I pour l'amélioration du sort des blessés et des malades en campagne*, 12 août 1949 : Art. 7. *Inaliénabilité des droits* :

« *Les blessés et malades, ainsi que les membres du personnel sanitaire et religieux, ne pourront en aucun cas renoncer partiellement ou totalement aux droits que leur assure la présente Convention et, le cas échéant, les accords spéciaux visés à l'article précédent.* » Même formulation dans la *Convention de Genève II pour l'amélioration du sort des blessés, malades et naufragés des forces armées en mer* et le personnel sanitaire et religieux (article 7), dans la *Convention de Genève III relative au traitement des prisonniers de guerre* (article 7), et dans la *Convention de Genève IV relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre* (article 8). L'article 11§2 du *Protocole Additionnel I* se lit comme suit : « (...) 2. Il est en particulier interdit de pratiquer sur ces personnes, même avec leur consentement... » La section consacrée au droit international humanitaire, **chapitre III. C. 4. b.** reviendra sur la question de l'inaliénabilité des droits.

l'inaliénabilité sont étroits, mais il est concevable que le titulaire d'un droit indérogeable puisse renoncer à celui-ci: un Etat pourrait très bien renoncer à sa souveraineté et permettre l'intervention d'un autre Etat sur son territoire, bien que les principes de souveraineté et d'interdiction de la menace de l'emploi ou de l'emploi de la force armée soient considérés comme des principes impératifs de droit international. La notion d'intangibilité n'équivaut donc nécessairement pas à celle d'indérogeabilité dans toutes les situations, car elles possèdent toutes deux un aspect relatif et contingent.<sup>78</sup>

### *iii. Normes indérogeables et normes intransgressibles*

Il peut paraître surprenant qu'une section soit consacrée à la notion de norme intransgressible, mais cette expression, qui semble sémantiquement limpide, peut avoir une signification duale et être employée ou interprétée de manière quelque peu équivoque:

*« C'est sans doute parce qu'un grand nombre de règles du droit humanitaire applicables dans les conflits armés sont si fondamentales pour le respect de la personne humaine et pour des « considérations élémentaires d'humanité », selon l'expression utilisée par la Cour dans son arrêt du 9 avril 1949 rendu en l'affaire du Détroit de Corfou (C.I.J. Recueil 1949, p. 22), que la Convention IV de La Haye et les Conventions de Genève ont bénéficié d'une large adhésion des Etats. Ces règles fondamentales s'imposent d'ailleurs 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 international coutumier. »<sup>79</sup>*

La Cour internationale de Justice a incontestablement favorisé une certaine confusion terminologique. Que signifie le terme intransgressible dans ce contexte: fondamental, indérogeable, supérieur? La Cour a sciemment employé ce terme pour éviter les mots impératif ou normes de *jus cogens*, tout en accentuant le caractère spécial de ces principes. Il est vrai que l'organe judiciaire international a fait preuve dans la majorité des cas de beaucoup de prudence lors de l'invocation des normes « absolues », car ceci aurait pu être interprété comme impliquant sa reconnaissance de l'existence d'une hiérarchie entre les règles du droit international.<sup>80</sup> Il est à souligner que le terme intransgressible signifie littéralement « *ce qui ne doit ou ne peut pas être violé* », et n'est-ce pas la caractéristique de toute norme ou principe de droit? Comme déjà relevé,

---

<sup>78</sup> « L'idée que suggère tout naturellement le mot inaliénable est celle de la transmission d'un sujet à un autre; il semble toutefois que le mot peut aussi bien signifier: perdre volontairement, se défaire, renoncer, ... On peut en effet douter de la possibilité de transmettre une qualité aussi strictement personnelle que l'indépendance d'un Etat; en revanche on comprend parfaitement que cette même qualité cesse d'exister de par la volonté de l'Etat lui-même, lorsque celui consent à s'en défaire en faveur d'un autre Etat (...). », Opinion individuelle du Juge Anzilotti, Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche, Cour permanente de Justice internationale, Recueil C.P.J.I. 1931, Séries A/B, Avis consultatif du 5 décembre 1931, p. 57

<sup>79</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Cour internationale de Justice, C.I.J Recueil 1996, Avis consultatif du 8 juillet 1996, § 79

<sup>80</sup> Le Professeur Vincent Chetail explique que le terme d'intransgressible peut être interprété de deux manières: soit, la Cour a voulu suggérer que les principes fondamentaux du droit humanitaire constituent des normes émergentes de *jus cogens*, sur le point de devenir impératives; soit, la Cour a implicitement admis le caractère impératif de ces normes, mais a limité son raisonnement aux circonstances de l'espèce. Voir, CHETAIL, Vincent, « The contribution of the International Court of Justice to International Humanitarian Law », ..., p. 251

toutes les normes de droit international sont dotées de force contraignante, qu'on leur adjoigne le qualificatif de supplétif, d'impératif ou d'intransgressible.<sup>81</sup> En réalité, la différence se fait au niveau de leurs fonctions, de leur champ d'application et des conséquences juridiques issues d'une violation de la règle ou d'une dérogation à celle-ci. En outre, ce statut supérieur peut s'expliquer par les valeurs humanisantes reflétées dans les principes désignés comme intransgressibles.

Il a été affirmé que, dans le cas mentionné ci-dessus, le terme intransgressible renvoie indubitablement à une normativité renforcée inhérente aux règles de droit international humanitaire, qui entraîne certains effets. Ce terme confère aux normes concernées une autorité juridique et morale. Transgresser peut donc avoir une connotation autre, à savoir ne pas franchir la limite minimale de protection stipulée dans un texte. Le droit international humanitaire est perçu par ses défenseurs comme un ensemble normatif doté d'un caractère absolu, intangible et indérogable et c'est vraisemblablement pour exprimer cette conception, que la Cour a qualifié ces principes d'intransgressibles.<sup>82</sup> Il est intéressant d'observer que l'emploi d'un terme peut être l'objet d'interprétations diverses selon le contexte considéré et l'instance qui se prononce. La fondamentalité de l'interprétation dans la compréhension du concept d'indérogeabilité sera subséquemment apprécié. En effet, les normes indérogables devraient être appliquées différemment, selon l'angle de lecture adopté et la méthode interprétative choisie.

Le langage employé pour définir ces différentes notions juridiques revêt une importance particulière. Plusieurs qualificatifs sont utilisés pour désigner des normes, des principes ou des droits possédant une valeur singulière et jouant un rôle significatif au sein du système juridique international. La présente étude a pour objectif majeur d'examiner le concept d'indérogeabilité en droit international, mais pour ce faire, il sera fait recours aux concepts de normes impératives, inaliénables, intransgressibles ou intangibles. Chacun d'entre eux comportent des spécificités, mais ils se rejoignent dans le sens où ces normes possèdent une normativité distincte, voire même renforcée, au regard de l'ensemble des autres règles de droit international. Néanmoins, cela n'équivaut pas à dire que ces différentes catégories impliquent inéluctablement un caractère indérogable. Cette partie avait pour ambition de procéder à un simple éclaircissement, mais il ne s'agit pas là de démontrer notre adhésion à la théorie du *plain meaning*.<sup>83</sup> Ces différentes

---

<sup>81</sup> « ...it is unlikely that the Court merely meant (...) that those principles must not be transgressed. That, indeed, is true of any rule of law that imposes any obligation at all! », CONDORELLI, Luigi, «Nuclear Weapons: A Weighty matter for the International Court of Justice», *International Review of the Red Cross*, N° 319, 1997, p. 14

<sup>82</sup> KOLB, Robert, « Jus Cogens,... p. 324

<sup>83</sup> Théorie interprétative selon laquelle, les propriétés linguistiques d'une règle de droit sont déterminantes, afin d'établir le sens du mot. A ce sujet, voir BIANCHI, Andrea, «Textual interpretation and (international) law reading:

expressions apparaissent fréquemment dans le discours juridique, ceci de manière ambiguë, confuse et dans des contextes peu appropriés, et la rigueur scientifique exige de faire une distinction entre elles.

#### **d. Remarques sur l'importance de la rhétorique**

L'importance de la rhétorique en droit se doit d'être soulignée, en tant que processus central à la perception, à la compréhension et à l'expression de celui-ci. Le droit est une activité rhétorique, qui peut être définie comme: « *The art or the science of using words effectively in writing or speaking* ». <sup>84</sup> Les termes auxquels il est fait recours, afin de caractériser les normes auréolées d'une force contraignante particulière, et le sens qui leur est donné, engendrent un effet quasi-psychologique, qui tend à suggérer que ces normes soient réellement dotées d'attributs « extraordinaires ». Toutefois, les mots n'expriment pas en eux-mêmes une signification, celle-ci émanant du contexte social et de l'interprétation qui est faite des termes. Le processus juridique vise à pourvoir, par l'intermédiaire du discours, des arguments, dans le but de convaincre les sujets du bien-fondé du raisonnement proposé. Cette action puissante du discours sur la perception et les réactions de l'audience visée est rendue possible, et son effet renforcé, par le recours à des symboles évocateurs et à diverses techniques rhétoriques, telles que la répétition, l'emploi de métaphores, l'excitation des sentiments et des émotions. L'art de la rhétorique consiste en la découverte et l'usage judicieux de ces moyens de persuasion. <sup>85</sup>

« *The object of the theory of argumentation is the study of the discursive techniques allowing us to induce or to increase the mind's adherence to the theses for its assent.* » <sup>86</sup>

Les termes employés en lien avec les normes indérogables, l'utilisation et la répétition de ceux-ci dans le discours, ainsi que les messages quasi-sentimentaux envoyés à la société internationale, grâce à l'association constante faite entre ces normes et les notions de bien public et d'intérêt collectif, a pour objectif de convaincre la société internationale de l'existence et de la nécessité de ces dernières. Le langage façonne la réalité du droit international. Cependant, ce langage demeure ambigu, et le fait de qualifier telle ou telle norme d'indérogable se révèle être en définitive

---

the myth of (in)determinacy and the genealogy of meaning»,...Selon l'auteur, tout mot comporte une ambiguïté lexicale. Ce qui rend le sens d'un mot dénué d'incertitude n'est pas ses propriétés linguistiques mais le contexte dans lequel il est employé et le code auquel il est fait recours pour communiquer dans une situation particulière par une communauté déterminée.

<sup>84</sup> « Chaim Perelman and the New Rhetoric, Dedication », *Northern Kentucky Law Review*, vol. 12, 1985, p. xxv: « Thus, law comprises a constitutive rhetoric, by which culture and community are established, maintained and transformed. », WHITE, James Boyd, *Heracles' Bow: Essays on the Rhetoric and the Poetics of Law*, Madison, University of Wisconsin Press, 1985, p. x

<sup>85</sup> « *The persuasiveness of an argument always depends upon what the relevant audience regards as persuasive.* », SAUNDERS, Kurt M., « Law as Rhetoric, Rhetoric as Law », *Journal of Legal Education*, vol. 44, N°4, December 1994, p. 567

<sup>86</sup> PERELMAN, Chaim, OLBRECHTS-TYTECA, Lucie, *The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation*, Notre-Dame/Londres, University of Notre-Dame Press, 1971, p. 4

davantage un exercice interprétatif, qu'une opération encadrée par des critères strictes et objectifs. La signification et le contenu de la catégorie des normes indérogables sont les objets de lectures diverses, lesquelles varieront selon l'autorité qui se prononce, la communauté qui procède à l'interprétation.<sup>87</sup> Répétons encore une fois que le droit est une activité humaine, mise en œuvre par des individus, qui interprètent, composent et interagissent, en fonction de leur système de référence et des intérêts et valeurs qu'ils ont à défendre.<sup>88</sup>

*« Rhetoric looks at how the law works by exploring a meaning-making process, one in which the law is constituted as human beings located within particular historical and cultural communities write, read, argue about and decide legal issues. »<sup>89</sup>*

Cette étude tentera de traiter de l'ensemble des aspects touchant à l'indérogabilité, en se concentrant prioritairement sur les fonctions de ces normes atypiques. Dans cette perspective, il faut attacher toute l'attention qu'il se doit au rôle du langage et de l'interprétation, comme techniques argumentatives et outils de construction ou de manipulation des phénomènes juridiques. L'indérogabilité remplit des fonctions, mais ces dernières devraient être différentes selon l'interprétation qui est faite du concept, qui elle-même est dépendante du contexte et des objectifs des acteurs impliqués.<sup>90</sup>

---

<sup>87</sup> « *Categories are not immutable abstractions into which sets of facts can be squeezed regardless of whether or not they fit. They are neither written in stone nor must they be taken to function invariably in a binary mode...Moreover, their characteristic traits of boundedness and fixity are more apparent than real.* », BIANCHI, Andrea. « *Terrorism and Armed Conflict: Insights from a Law and Literature Perspective* », *Leiden Journal of International Law*, vol. 24, 2011, p. 17.

Stanley Fish employa la notion de communauté interprétative, afin d'expliquer les fondements de l'autorité qui interprète. La communauté interprétative est définie comme: « *...not so much a group of individuals who shared a point of view, but a point of view or way of organizing experience that shared individuals in the sense that its assumed distinctions, categories of understanding, and stipulations of relevance and irrelevance were the content of the consciousness of community members who were therefore no longer individuals, but, insofar as they were embedded in the community's enterprise, community property. It followed that such community-constituted interpreters would, in their turn, constitute, more or less in agreement, the same text, although the sameness would not be attributable to the self-identity of the text, but to the communal nature of the interpretive act.* », FISH, Stanley, *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Durham/London, Duke University Press, 1989 p. 141

<sup>88</sup> « *(...) like all human language, legal language is embedded in a particular setting, shaped by the social contexts and institutions surrounding it....Studying law as rhetoric is essential to begin the complex task of legal interpretation.* », BERGER, L. Linda, « *Studying and Teaching Law as Rhetoric* », *The Journal of the Legal Writing Institute*, vol. 16, 2010, p. 11

<sup>89</sup> *Ibidem* p. 5. Et: « *Like law, rhetoric invents; and like law, it invents out of something rather than out of nothing. It always starts in a particular culture and among particular people. There is always one speaker addressing others in a particular situation, about concerns that are real and important to somebody, and speaking in particular language.* », WHITE, James Boyd, « *Law as Rhetoric, Rhetoric as Law: The Arts of Cultural and Communal Life* », *University of Chicago Law Review*, vol. 52, 1985, p. 695

<sup>90</sup> BIANCHI, Andrea, « *Textual interpretation and (international) law reading: the myth of (in)determinacy and the genealogy of meaning* », ..., p. 55

## ***B. Identification des domaines et motifs sous-tendant la sélection***

### **1. Exclusion de certains domaines**

Le premier constat qui s'est imposé lors de la phase initiale de recherche est que la problématique des normes qui ne sont pas sujettes aux dérogations se retrouve dans de nombreuses branches du droit international. Il est une multitude d'instruments internationaux, qui limitent ou interdisent la possibilité aux Etats parties de déroger à leurs dispositions : par exemple, les conventions internationales visant la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'article 8 du *Traité de l'Atlantique Nord* ou l'article 311§6 de la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*.<sup>91</sup> Certains traités quant à eux assurent leur primauté ou leur priorité en cas de conflit avec d'autres instruments, également par l'insertion en leur sein d'une clause à cet effet : à titre d'illustration, il peut être cité l'article 103 de la *Charte des Nations Unies* et son ancêtre l'article 20 du *Pacte de la Société des Nations*, l'article 307 du *Traité instituant la Communauté européenne* et l'article 103 de l'*Accord de libre-échange nord-américain*.<sup>92</sup> Il est légitime de questionner le choix des domaines d'investigation, alors que l'indérogeabilité affecte le droit de la mer, le droit économique ou le droit de la communauté européenne. En réalité, la sélection s'explique par la conclusion que dans les domaines mentionnés ci-dessus, les normes indérogeables sont davantage un épiphénomène : soit une norme, ou un nombre excessivement

---

<sup>91</sup> Le chapitre consacré à ce sujet, **chapitre III. B.** reviendra sur les dérogations aux conventions internationales en matière de protection des droits de l'homme.

Article 8 du *Traité de l'Atlantique Nord*, Washington, 4 avril 1949 : « *Chacune des Parties déclare qu'aucun des engagements internationaux actuellement en vigueur entre elle et toute autre Partie ou tout autre Etat n'est en contradiction avec les dispositions du présent Traité et assume l'obligation de ne souscrire aucun engagement international en contradiction avec le Traité.* » ; Article 311§6 de la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, Montego Bay, 10 décembre 1982 : « *Les Etats Parties conviennent qu'aucune modification ne peut être apportée au principe fondamental concernant le patrimoine commun de l'humanité énoncé à l'article 136 et qu'ils ne seront parties à aucun accord dérogeant à ce principe.* »

<sup>92</sup> Le **chapitre IV** reviendra en détails sur l'article 103 et l'article 20 du Pacte de la SDN.

Article 307 de la version consolidée du *Traité de Rome instituant la Communauté européenne*, 25 mars 1957 : « *Les droits et obligations résultant de conventions conclues antérieurement au 1er janvier 1958 ou, pour les États adhérents, antérieurement à la date de leur adhésion, entre un ou plusieurs États membres, d'une part, et un ou plusieurs États tiers, d'autre part, ne sont pas affectés par les dispositions du présent traité.*

*Dans la mesure où ces conventions ne sont pas compatibles avec le présent traité, le ou les États membres en cause recourent à tous les moyens appropriés pour éliminer les incompatibilités constatées. En cas de besoin, les États membres se prêtent une assistance mutuelle en vue d'arriver à cette fin et adoptent le cas échéant une attitude commune.*

*Dans l'application des conventions visées au premier alinéa, les États membres tiennent compte du fait que les avantages consentis dans le présent traité par chacun des États membres font partie intégrante de l'établissement de la Communauté et sont, de ce fait, inséparablement liés à la création d'institutions communes, à l'attribution de compétences en leur faveur et à l'octroi des mêmes avantages par tous les autres États membres.»*

Article 103 de l'*Accord de libre-échange nord américain*, signé le 7 octobre 1992, San Antonio, Texas : « *Article 103: Rapports avec d'autres accords.*

*1. Les Parties confirment les droits et obligations existants qu'elles ont les unes envers les autres aux termes de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce et d'autres accords auxquels elles sont parties.*

*2. En cas d'incompatibilité entre le présent accord et ces autres accords, le présent accord, sauf disposition contraire, prévaut dans la mesure de l'incompatibilité. »*

restreint de normes, se voit protégé contre les dérogations, soit la prohibition d'y déroger est à mettre en lien avec le caractère impératif ou de *jus cogens* de la norme en question. Finalement, en ce qui concerne les conventions qui assurent une priorité à leurs prescriptions en cas de conflit avec d'autres engagements juridiques, la majorité de celles-ci ont un champ d'application limité, *ratione materiae* ou *ratione personae*.

En outre, l'objectif premier de ce travail est de saisir les fonctions de l'indérogeabilité en droit international et non de procéder à un examen comparatif de tous les domaines, où celle-ci peut éventuellement apparaître. Une compréhension globale du concept doit être atteinte: saisir quels sont ses impacts et ses fonctions réelles, tant au niveau « macro », à savoir à l'échelle de l'ensemble de l'ordre juridique international et des effets sur la présumée émergence d'une hiérarchie de normes et de valeurs en droit international, qu'au niveau des normes elles-mêmes. Ceci fonde notre choix : il a paru judicieux de se concentrer sur des matières qui permettront de tirer des conclusions pertinentes sur l'indérogeabilité et qui offrent suffisamment d'illustrations concrètes et de prononcés découlant d'instances dotées d'une certaine autorité. Cette méthode est celle qui pourra éventuellement donner une réponse aux interrogations posées: les normes indérogeables présentent-elles des traits récurrents selon le champ d'analyse ou au contraire, l'indérogeabilité résiste-t-elle à toute tentative de généralisation ? Les prescriptions juridiques auxquelles il est interdit de déroger ont-elles un impact tangible sur le système et imposent-elles des limitations à l'autonomie des Etats de manière efficace ?

## **2. Identification des trois piliers**

Les trois domaines, qui seront traités, apparaissent, *a priori*, comme ceux où l'indérogeabilité se manifeste de la manière la plus évidente. Les normes de *jus cogens* sont définies comme des normes auxquelles aucune dérogation n'est permise ; certains droits de l'homme sont légalement protégés contre toute dérogation ; le droit international humanitaire est l'une des rares branches du droit international qui n'autorise pas les Etats à déroger à leurs engagements dans des circonstances données ; finalement, la Charte des Nations semble être un instrument si fondamental, qu'elle ne saurait être sujette à des dérogations. L'indérogeabilité doit assurément exercer des fonctions dans chacun de ces ensembles juridiques et il nous incombe de clarifier et spécifier ces dernières. Cependant, normes impératives du droit international général, droits de l'homme, droit international humanitaire et article 103 de la Charte des Nations ne sont pas des expressions identiques de l'indérogeabilité, même s'il s'agit de phénomènes partageant des qualités communes : dans cette perspective, il faudra comprendre d'une part, si l'indérogeabilité

est un attribut constitutif de ces catégories ou au contraire, une propriété secondaire et d'autre part, si cette dimension indérogeable est la cause de leur statut particulier ou uniquement une conséquence de celui-ci.

### a. *Jus cogens* ou les normes impératives du droit international général (II)

Il est impossible d'aborder l'indérogeabilité en droit international, sans considérer ses liens et ses interdépendances avec les normes impératives du droit international général ou normes de *jus cogens*, ensemble normatif généralement considéré comme supérieur, car porteur de valeurs fondamentales et d'intérêts nécessaires au bon fonctionnement de l'ordre juridique international. Définies en droit positif à l'article 53 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*,<sup>93</sup> les normes de *jus cogens* ont été l'objet d'une multitude d'études et ont provoqué de nombreuses controverses doctrinales. L'objectif du chapitre consacré au *jus cogens* n'est ni de procéder à une simple répétition de ce qui a déjà été examiné, ni d'effectuer un résumé de la littérature, mais de saisir le sens de l'indérogeabilité lorsqu'elle est liée au *jus cogens* : la norme impérative acquiert-elle un statut consolidé en raison de son caractère indérogeable ou, au contraire, son indérogeabilité découle-t-elle de sa valeur intrinsèque, de son contenu et des fonctions qu'elle remplit au sein du système ? La question qui se pose est de savoir si l'indérogeabilité est inhérente au *jus cogens*, un élément primordial ou juste un attribut accessoire de l'impérativité. Bien qu'initialement, les normes de *jus cogens* aient été définies par leur caractère indérogeable, l'impérativité n'est pas automatiquement synonyme d'indérogeabilité. Au premier abord, il s'agit de deux phénomènes distincts, qui certes se recoupent sur certains aspects. Les relations entre impérativité et indérogeabilité n'ont été que peu étudiées, ou de manière lacunaire, tout comme les fonctions que joue le concept d'indérogeabilité dans ce contexte.<sup>94</sup>

Afin d'appréhender au moyen d'une approche fonctionnelle « *ces règles impératives générales de droit dont la méconnaissance est de nature à affecter l'essence de l'ordre juridique auxquelles elles appartiennent, tel que les sujets de droit ne peuvent sous peine de nullité absolue y déroger par des accords particuliers* », <sup>95</sup> il est indispensable d'expliquer les raisons de leur émergence, et de leur acceptation, ainsi que de démontrer que, malgré le consensus existant autour d'elles et de

---

<sup>93</sup> *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, article 53, voir **note de bas de page 60**. Et, article 53 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales entre elles*, 21 mars 1986.

<sup>94</sup> Le *jus cogens* est-il simplement « *la caractéristique propre à certaines normes juridiques de ne pas être susceptibles de dérogation par voie conventionnelle* » ?, *Détermination de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal*, Sentence Arbitrale du 31 juillet 1989, Recueil des sentences arbitrales, vol. XX, pp. 119-213, § 41

<sup>95</sup> SUY, Erik, *Rapport sur le Jus Cogens en droit international public*, *Conférence de droit international*, Lagonissi, Grèce, avril 1966, Genève, Centre Européen de la Dotation Carnegie, 1967, p. 3

leur réalité en droit international, des divergences subsistent quant à leur contenu, leur champ d'application et leurs effets juridiques. Des tendances visent à étendre indéfiniment la portée du *jus cogens* bien au-delà du cadre délimité par la *Convention de Vienne* et à octroyer ce statut à toujours plus de règles du droit international.<sup>96</sup> Une telle extension peut être contre-productive et affecter la légitimité du *jus cogens*, si les normes ainsi désignées ne produisent pas les effets prévus, à savoir la nullité de l'acte contraire.<sup>97</sup> Une prudence est de mise au sein de l'arène internationale, lorsqu'il s'agit de rendre opérationnelle cette catégorie normative et certains émettent des doutes sur son efficacité juridique :

« *Without a procedure for ascertaining its content and applying to concrete cases, Jus Cogens will continue to be more a mission of statement than a practicable legal instrument.* »<sup>98</sup>

Ce thème est en outre étroitement lié à l'apparition d'une hiérarchie de normes- une normativité graduée- en droit international et à la distinction entre quelques normes impératives situées au sommet de la pyramide et dotées d'une force contraignante plus grande et en dessous, la masse des autres normes coutumières ou conventionnelles « ordinaires ».<sup>99</sup> Instrument juridique d'ordonnement, voire même de constitutionnalisation de l'ordre juridique, le *jus cogens* fut originellement conçu en droit positif comme un mécanisme de résolution des conflits de normes ; il apparaît en effet dans la *Convention de Vienne* sous le titre « *Article 53. Traités en conflit avec une norme impérative du droit international général (jus cogens)* ».

Les normes impératives ne peuvent être cependant totalement comprises sans une référence au rôle des valeurs juridiques et extra-juridiques dans la formation du droit au sein d'une société.<sup>100</sup> Cet

---

<sup>96</sup> « *On ne voit pas pourquoi ce qui est intolérable pour un traité international, ne le serait pas pour tout autre acte, qui de plus, est hiérarchiquement inférieur aux traités.* », SUY, Erik, *Rapport sur le Jus Cogens en droit international public*, Conférence de droit international, Lagonissi, Grèce, avril 1966, Genève, Centre Européen de la Dotation Carnegie, 1967, p. 100. Les défenseurs du *jus cogens* tentent de prouver que le caractère indérogeable des normes impératives est absolu et que les effets définis dans la *Convention de Vienne*, à savoir la nullité de tout traité contraire, s'appliquent également hors du cadre conventionnel, c'est-à-dire à la coutume et aux actes unilatéraux : « (...) *because of the decisive importance of certain norms and values to the international community, they merit absolute protection and may not be derogated from by states, whether jointly by treaty or severally by unilateral legislative or executive action.* », MERON, Theodor, « *On a Hierarchy of International Human Rights* »,..., pp. 19-20; finalement, voir *Prosecutor vs. Anto Furundzija*, Case N°IT-95-17/1-T, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, Jugement du 10 décembre 1998, TPIY, §§ 153-157, affaire qui a passablement éclairci et élargi les conséquences juridiques du *jus cogens*.

<sup>97</sup> La nullité est la sanction d'invalidité de l'acte contraire: ce dernier ne pourra produire d'effets juridiques à l'avenir. Voir l'article 69 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* : « *Les dispositions d'un traité nul n'ont pas de force juridique.* »

<sup>98</sup> PAULUS, Andreas S., « *Jus Cogens in a Time of Fragmentation and Hegemony: An Attempt at the Re-appraisal* », *Nordic Journal of International Law*, vol. 74, 2005, p. 330

<sup>99</sup> WEIL, Prosper, « *Towards Normative Relativity in International Law* »,..., pp. 423-424

<sup>100</sup> « *Every positive juridical order has its roots in the ethics of a certain community (...) [The juridical order] can not be understood apart from its moral basis.* », VERDROSS, Alfred, « *Forbidden Treaties in International Law* », *American Journal of International Law*, vol. 31, 1937, p. 572

ensemble de règles, «*freinant et conditionnant la liberté contractuelle des Etats*»<sup>101</sup> et qui représente une exception à la logique consensuelle traditionnelle du droit international, a été très souvent associé au concept d'ordre public, sorte de plancher supérieur normatif visant la protection des intérêts fondamentaux d'une société. D'ores et déjà, il peut être assumé que l'indérogeabilité des normes impératives n'implique pas uniquement un rôle d'organisation et de maintien de la cohérence du système, mais possède également des dimensions axiologiques et symboliques importantes.<sup>102</sup> Facteur de cohésion d'une communauté internationale en devenir, le *jus cogens* est devenu le symbole des idéaux communs et des aspirations collectives : il est un outil qui sert à exclure et sanctionner tout acte pouvant affecter le développement de cette solidarité internationale nouvelle.

### **b. Le droit international visant la protection de la personne humaine: droit international des droits de l'homme et droit international humanitaire (III)**

La faculté juridique que possèdent les Etats de pouvoir déroger à certains de leurs engagements internationaux dans des situations d'urgence est caractéristique du droit international des droits de l'homme. La majorité des instruments internationaux en la matière, universels ou régionaux, prévoient la possibilité pour les Etats parties de ne pas respecter leurs obligations, afin de faire face à un danger mettant en péril leur existence.<sup>103</sup> Toutefois, seul un nombre limité de droits de l'homme, qui diffèrent selon le texte considéré, ne sont pas l'objet de dérogations. Il s'agit des droits de l'homme indérogables, explicitement mentionnés et énumérés dans les clauses dérogatoires conventionnelles prévues à cet effet. A nouveau, tout comme pour les normes impératives, le contenu et l'identification de ces «*core rights*»<sup>104</sup> ne font pas l'unanimité au sein de la profession et des «*droits-de-l'hommeistes*», afin de renforcer le régime de protection, étendent les listes de droits indérogables à des droits initialement dérogeables.<sup>105</sup>

---

<sup>101</sup> GOMEZ, ROBLEDO, Antonio, «*Le Jus Cogens international : sa genèse, sa nature, ses fonctions*», *RCADI*, vol. 172, 1981, p. 41

<sup>102</sup> Le *jus cogens* a été décrit comme un «*ensemble de règles qui dérivent des principes que la conscience juridique de l'humanité considère comme absolument indispensables à la coexistence au sein de la communauté internationale, à un stade déterminé de son évolution historique.*», Déclaration du Représentant du Mexique, M. Eduardo Suarez à la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, *Documents officiels*, Vienne, 26 mars-24 mai 1968 et 9 avril-22 mai 1969, *Documents de la Conférence*, A/CONF.39/11, p. 319, § 7

<sup>103</sup> Par exemple, l'article 4 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* énonce à son paragraphe 1 : «*Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les Etats parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale.* »

<sup>104</sup> Voir **note de bas de page 74** *supra*.

<sup>105</sup> *Advisory Opinion OC-8/87, Habeas Corpus in Emergency Situations, articles 27(2), 25(1) and 7(6) of the American Convention on human rights, requested by the Inter-American Commission on Human Rights*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, 30 janvier 1987, § 35; *Advisory Opinion OC-9/87, Judicial Guarantees in States of Emergency, articles 27(2), 25 and 8 of the American Convention on human rights*, requested by the

Il est évident qu'il faut identifier les raisons qui expliquent que certains droits de l'homme, « *attributs inaliénables de la personne humaine, fondés comme tels sur des valeurs qui se retrouvent dans tous les patrimoines culturels et sociaux* », <sup>106</sup> ne sont pas sujets à l'interruption momentanée de leur application. Nous tenterons de savoir si l'on peut considérer ces droits comme supérieurs et impératifs, indépendamment de tout lien conventionnel, ceci en raison de leur caractère indérogeable, ou si les dispositions qui énumèrent les droits indérogeables ne sont que des clauses insérées dans un traité, dont les conditions d'application sont strictement encadrées et ne lient que les parties contractantes. Technique juridique visant la recherche d'un équilibre entre les besoins de l'Etat et la nécessité de protection des libertés et droits individuels, la faculté dérogoire n'est pas un instrument unique au sein du corpus des droits de l'homme : limitations, réserves et possibilité de dénonciation participent également à cette quête d'adaptation du droit aux réalités. Certains droits sont immunisés contre ces possibilités échappatoires, mais il n'est pas improbable que qu'un droit indérogeable puisse être limitable ou dénonçable ou qu'il soit soumis à certaines exceptions. Des conclusions pertinentes sur ces questions devront être atteintes, pour déduire les particularités d'un droit non-sujet aux dérogations.

---

Government of Uruguay, Cour interaméricaine des droits de l'homme, 6 octobre 1987, § 25: «*But it must also be understood that the declaration of a state of emergency; whatever its breadth or denomination in internal law-- cannot entail the suppression or ineffectiveness of the judicial guarantees that the Convention requires the States Parties to establish for the protection of the rights not subject to derogation or suspension by the state of emergency.*» Relevons que la *Convention interaméricaine relative aux droits de l'homme* énonce à son article 27: «*2. La disposition précédente n'autorise pas la suspension des droits déterminés dans les articles suivants: 3 (Droit à la reconnaissance de la personnalité juridique); 4 (Droit à la vie); 5 (Droit à l'intégrité de la personne); 6 (Interdiction de l'esclavage et de la servitude); 9 (Principe de légalité et de rétroactivité); 12 (Liberté de conscience et de religion); 17 (Protection de la famille); 18 (Droit à un nom); 19 (Droit de l'enfant); 20 (Droit à une nationalité); 23 (Droits politiques). Elle n'autorise pas non plus la suspension des garanties indispensables à la protection des droits susvisés.* » [Nous soulignons]

Egalement, *General Comment N°29: States of Emergency (article 4)*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, Comité des droits de l'homme, 31 août 2001, §§ 13-16, qui reprend le raisonnement de la Cour interaméricaine et étend la liste de droits indérogeables incluse à l'article 4§2 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. L'attitude du Comité sous-tend déjà ses prises de position dans certaines affaires, notamment *Luciano Weinberger Weisz vs. Uruguay*, Communication No. 28/1978, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 at 57, 1984, où le Comité ne trouve pas de justification à la suppression du droit à l'habeas corpus, même dans les cas de détention administrative; et, *Consuelo Salgar de Montejó vs. Colombie*, Communication No. 64/1979, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 at 127, 1985. Voir aussi l'*Observation générale N°32*, Article 14: Droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et droit à un procès équitable, du 23 août 2007, qui réitère à son § 6: «*Les garanties inhérentes au droit à un procès équitable ne peuvent jamais faire l'objet de mesures qui détourneraient la protection des droits auxquels il ne peut pas être dérogé.* » Egalement, dans le cadre européen: «*It would be inconsistent with the absolute character of these rights if derogation were permitted to procedural guarantees that are now generally accepted to be important in protecting detainees' rights under articles 2 and 3 of the Convention.* », *Comments submitted by Amnesty International*, dans l'*affaire Brannigan and McBride Royaume-Uni*, Requêtes N° 14553/89 et 14554/89, Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt, Strasbourg, 26 mai 1993, §14. Des juges exprimèrent leur sympathie pour ce point-de-vue dans des opinions séparées (Juges Pettiti, Walsh et Martens), mais la Cour n'y prêta pas attention et se contenta de se prononcer sur l'indérogeabilité de l'habeas corpus. Elle resta silencieuse sur le statut des autres garanties judiciaires énumérées à l'article 5§3 de la *Convention européenne*.

<sup>106</sup> MACHERET, Augustin, « Le noyau intangible des droits de l'homme: sources nationales et internationales », in MEYER-BISCH, Patrice, (Ed.), *Le noyau intangible des droits de l'homme: actes du VII<sup>ème</sup> Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme*, Fribourg, Editions Universitaires, 1991, p. 38

L'indérogeabilité promeut également dans la sphère des droits de la personne certaines valeurs intrinsèquement liées à la défense de la dignité humaine : il est quelques qualités que possèdent tous les hommes et toutes les femmes, qui ne peuvent leur être ôtées, même dans des situations d'extrême urgence, d'état de guerre ou de danger public exceptionnel. La jouissance de ces droits et libertés ne peuvent être laissée au bon vouloir des Etats. Le concept d'indérogeabilité participerait à créer une distinction entre la majeure partie des droits individuels soumis à la logique consensuelle traditionnelle du droit international et les droits exigeant un respect absolu. Il se doit d'être vérifié si en pratique, le noyau dur des droits de l'homme bénéficie d'un régime de protection renforcée ou s'il ne s'agit que d'une classification purement théorique.

Le droit international humanitaire est présenté comme un corpus indérogeable dans son entièreté, car il s'agit d'un ensemble de normes régulant des circonstances « extra-ordinaires », alors que le droit international des droits de l'homme s'applique aussi bien en temps de paix que de guerre. Les conflits armés constituent en soi une négation partielle ou totale du droit et une menace à l'ensemble de la structure juridique de tout Etat impliqué. Les règles du droit humanitaire ont été pensées et élaborées pour régir ces situations et il semble normal que les textes ne prévoient pas la possibilité d'y déroger. Ce premier constat est trompeur, car le droit des conflits armés a insinué une multitude de clauses et de dispositions permettant aux Etats, ainsi qu'aux autres parties belligérantes, d'adapter leurs obligations et leurs devoirs en fonction des exigences de la situation.<sup>107</sup> Certes, la notion de dérogation n'apparaît pas dans les conventions internationales humanitaires, mais il existe d'autres techniques qui remplissent les mêmes fonctions. L'examen détaillé du droit humanitaire mènera éventuellement à la conclusion qu'il ne s'agit pas d'un ensemble juridique indérogeable, comme l'indérogeabilité en lien avec le *jus cogens* ou les droits de l'homme est entendue. Cela ne signifie pas pour autant que le concept ne possède aucune utilité dans ce contexte. Il faudra apporter des preuves et des éléments juridiques fondant les affirmations d'indérogeabilité, tout en tentant de contrebalancer ces arguments par des illustrations issues des réalités du terrain. S'il est un droit qui se doit d'être perçu à travers la pratique, il s'agit bien du droit des conflits armés.

---

<sup>107</sup> D'où l'insertion dans les conventions humanitaires d'expressions récurrentes, telles que : « autant qu'il est possible », article 43 du *Règlement de la Haye annexé à la Convention de La Haye IV concernant les lois et les coutumes de la guerre sur terre de 1907* ; « dans la plus large mesure du possible », article 8 de la *Convention de Genève I sur les blessés et malades en campagne* ; « au cas où les opérations militaires empêcheraient les puissances... », article 75 de la *Convention de Genève III sur les prisonniers de guerre* ; « dans les cas où la sécurité militaire l'exige absolument », article 5 al. 2 de la *Convention de Genève IV sur la protection des civils* ; « sauf si la sécurité de la population ou d'impératives raisons militaires l'exigent », article 49 al. 5 de la *Convention de Genève IV sur la protection des civils* ; « ...faire tout ce qui est pratiquement possible », article 57§2 al. 1 du *Protocole additionnel I aux Conventions de Genève relatif aux conflits armés internationaux*, entre autres.

Le droit international humanitaire est un droit ancien, qui a néanmoins connu des développements importants au cours des XX<sup>ème</sup> et XXI<sup>ème</sup> siècles, notamment à l'échelle de la mise en œuvre de la responsabilité internationale, étatique et individuelle, et de la répression des violations. Les guerres n'ont pas disparu et sont probablement encore plus nombreuses et cruelles qu'auparavant, au vu des évolutions technologiques dans le domaine de l'armement et de l'apparition de nouvelles formes de guerres. La société internationale a pris conscience que l'objectif initial des Nations Unies, la garantie d'une paix durable et universelle, relevait de l'utopie: il est devenu vital de protéger un minimum nécessaire de dignité humaine, y compris dans les situations de conflits armés, ainsi que de punir les responsables des crimes les plus graves.

L'indérogeabilité semble remplir également des fonctions de priorisation au sein des normes humanitaires et, entre le droit humanitaire et d'autres régimes juridiques. Elle permet ainsi de renforcer la protection de certains principes et normes indispensables à la préservation d'un degré d'humanité minimal, comme par exemple, « *les principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique* ». <sup>108</sup> Elle participe également à la création d'une catégorie d'infractions, qui se doivent d'échapper à l'impunité et par conséquent, être criminalisées, à savoir les infractions graves et les crimes de guerre. Outil juridique de hiérarchisation et de répression, ainsi que dispositif axiologique de protection et de promotion de valeurs humaines fondamentales, le concept d'indérogeabilité n'est donc pas dénué d'intérêt dans le cadre du droit international humanitaire.

Etudier le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire dans le même chapitre est sous-tendu par le fait que ces deux domaines du droit international, bien que différents de par leur origine, leur régime juridique et leur contenu normatif, partagent un objectif identique, la défense des êtres humains, qui se trouvent dans des situations de vulnérabilité. Les deux branches sont traversées par la même idéologie humaniste, les mêmes bases morales, qui ont été fortement exacerbées sous l'effet des horreurs commises lors de la Deuxième Guerre mondiale. <sup>109</sup> Ici, l'indérogeabilité n'est pas uniquement liée à des normes, comme dans le cas du

---

<sup>108</sup> Expression plus connue sous le nom de Clause de Martens, Préambule de la *Convention de La Haye II de 1899 concernant les lois et les coutumes de la guerre sur terre*. La clause se fondait sur une déclaration lue par le professeur Frédéric de Martens, délégué russe à la Conférence de la paix réunie à La Haye en 1899. TICEHURST, Rupert, «The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict», *International Review of the Red Cross*, N° 317, 1997, <http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/html/5FZGRL>, consulté le 4 mai 2010.

<sup>109</sup> Au sujet de l'*Avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* de 1996: «*The Court thereby underlines that the same fundamental ethical values are shared both by humanitarian law and human rights law. Despite their different historical backgrounds and their own normative specificities, the central concern of both branches of international law is human dignity. They originate from the same*

*jus cogens*, mais se rattache à des droits, c'est-à-dire des droits subjectifs appartenant à un sujet, qui a récemment fait son entrée sur la scène internationale : l'individu. La jouissance de ces droits reste toutefois tributaire de la volonté des Etats, car c'est à ces derniers qu'incombe la tâche de les mettre en œuvre et les faire respecter. L'existence de normes qui ne sont pas soumises à la possibilité dérogatoire est indubitablement influencée par une volonté d'octroyer une place à l'individu en droit international et protéger ses droits et ses libertés contre les abus des gouvernements, tout en lui imposant certains devoirs et obligations. L'indérogeabilité devient l'instrument de promotion des aspirations et valeurs des acteurs désireux dépasser le paradigme traditionnel et transformer la société internationale des Etats souverains en une communauté internationale humaine. Les droits de l'homme et le droit humanitaire visent à transcender les intérêts étatiques égoïstes, d'où le statut particulier de leurs normes respectives et les fonctions spécifiques de l'indérogeabilité jouées dans ces deux domaines.<sup>110</sup>

### c. La Charte des Nations Unies et son article 103 (IV)

L'indérogeabilité peut concerner une branche du droit international ou un nombre limité de règles, mais également un instrument juridique conventionnel. Le cas de la *Charte des Nations Unies* est spécifique : sous l'effet d'une disposition, l'article 103, la Charte a acquis un statut singulier au sein de l'ordre juridique international : selon certains, elle serait la constitution- au sens interniste du terme- de la société internationale ;<sup>111</sup> pour d'autres voix un peu plus modérées, les obligations onusiennes primeraient de manière absolue sur toute autre engagement à la charge des Etats, ceci en cas de conflit normatif.<sup>112</sup>

---

source: *the law of humanity.*», CHETAIL, Vincent, « The contribution of the International Court of Justice to International Humanitarian Law », *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, N° 850, juin 2003, p. 240

<sup>110</sup> «Moreover, nothing has undermined Fitzmaurice's original point that for example, human rights and humanitarian law treaties, (as well as for example environmental treaties) form a special class of non-bilateral ("integral" or "interdependent") instruments that cannot be operated through the same techniques as "ordinary" treaties creating bilateral relationships. Throughout this report we have seen how the nature of a treaty - including its object and purpose - has limited the freedom of treaty parties to deviate by way of *lex specialis* or *inter se* agreement.», *Fragmentation du Droit International. Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, Rapport du Groupe d'Etude de la Commission du droit international, établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi*, cinquante-huitième session, mai-août 2006, A/CN.4/L.682, 13 avril 2006, p. 250

<sup>111</sup> «(...) I have no problems at all with viewing the basic norms of the Charter as the constitutional law of the universal international community, and the Charter organs...as organs of the international community as a whole.», SIMMA, Bruno, «From bilateralism and community interest in international law»,..., p. 262. Et: «The purported effect of Article 103 has never been called into question. According to all probability, states today view the Charter as the constituent instrument of the international community, which sets the framework for any permissible activity.», TOMUSCHAT, Christian, «The Lockerbie Case Before the ICJ», *Review of International Commission of Jurists*, June 1992, pp. 43-44.

<sup>112</sup> «...the idea that the Charter was aimed at becoming and remaining the direct expression of the true spirit of modern international law, against which no rule of general international law should prevail. », DUPUY, Pierre-Marie, «The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 1, 1997, p. 17. Voir aussi VIRALLY, Michel, *L'Organisation mondiale*, Paris, A. Colin, 1972, pp. 160 et suivantes; « Article 103 must be seen in connection with article 25 and with the character of the UN Charter as the basic document and constitution of the international community. Therefore the ideas underlying 103

« A conflict between two norms occurs if in obeying or applying one, the other is necessarily or possibly violated...The conflict between two norms presupposes that both norms are valid. »<sup>113</sup>

L'article 103 a en effet été utilisé comme base juridique permettant de doter la Charte d'un statut particulier et d'une normativité renforcée.<sup>114</sup> Indépendamment de l'approche adoptée, il est certain que la *Charte des Nations Unies* est un traité international pourvu de caractéristiques propres, qui la distinguent de la grande majorité des conventions internationales, notamment en raison de ses origines historiques, de son universalité et de la nature extrêmement large de ses buts et principes.<sup>115</sup> Elle représente une dimension de l'indérogeabilité différente de celles évoquées *supra*, car issue d'une clause conventionnelle et circonscrite par des conditions précises. L'article 103 peut être interprété comme menant à l'émergence de normes, auxquelles les sujets de droit international ne peuvent déroger. Il est un exemple flagrant de cas, où les Etats ont expressément accepté de limiter leur autonomie et d'accorder à un ensemble de normes et de principes une valeur distincte au sein de l'ordre juridique international. Néanmoins, nous questionnerons les effets traditionnellement admis, qui seraient engendrés par l'article 103 relativement au statut de la Charte au sein du système international, tout en admettant que cette clause doit exercer un rôle fondamental.

D'autres dispositions peuvent, dans une certaine mesure, être rapprochées de l'article 103, mais aucune de celles-ci n'a la teneur de la clause qui sera étudiée dans le chapitre IV.<sup>116</sup> L'article 103

---

*are also valid in case of conflicts between Charter obligations and obligations other than those contained in treaties. »*

<sup>113</sup> KELSEN, Hans, «Derogation», in NEWMAN, Ralph A., (Ed.), *Essays in Jurisprudence in Honour of Roscoe Pund*, Prepared by the American Society for Legal History, Indianapolis-New York, The Bobb's Merrill Co., 1962, pp. 1438-1439

<sup>114</sup> « (...) the Charter is the supporting frame of all international law and, at the same time, the highest layer in a hierarchy of norms of international law (...) Article 103 of the Charter...can only be read to give the Charter the priority over all conflicting obligations of states regardless of their formal sources. (...) Articles 2§6 and 103 of the Charter give a very strong hint of its constitutional character», FASSBENDER, Bardo, «The United Charter as Constitution of the International Community», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 16, 1998, pp. 585-586. Aussi: FASSBENDER, Bardo, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009

«Effectively, this transforms the Charter into a preferred source of rules...», TZANAKOPOULOS, Antonios, «Human Rights and United Nations Security Council Measures», in DE WET, Erika, WIDMAR, Jure, (Eds.), *Norms Conflicts in Public International Law: The Place of Human Rights* (forthcoming).

[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1677477](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1677477), consulté le 23 mars 2011

<sup>115</sup> «The status of the United Nations Charter. It is also recognized that the United Nations Charter itself enjoys special character owing to the fundamental nature of some of its norms, particularly its principles and purposes and its universal acceptance.», *Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, ILC, Fifty-eighth session, Geneva, 1 May-9 June and 3 July-11 August 2006, § 36, p. 22

<sup>116</sup> Certaines dispositions conventionnelles assurent la priorité de l'instrument où elles sont insérées, en cas de conflit avec d'autres normes : Article 20 du *Pacte de la Société des Nations*; Article 307 du *Traité de la Communauté Européenne*; Articles 103 et 104 de l'*Accord de libre-échange nord américain*; Article 311 de la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*. Certaines dispositions empêchent de conclure des accords postérieurs contraires ou incompatibles : article 8 du *Traité de l'Atlantique Nord*; d'autres limitent la possibilité pour les parties de modifier un traité par des accords *inter se* : article 20 de la *Convention de Berne révisée de 1979 pour la protection des œuvres*

possède un caractère unique de par sa formulation et de par son inclusion au sein d'un instrument considéré comme le texte fondateur du nouveau système qui fut établi en 1945. Malgré la relative célébrité de l'article, il a provoqué de nombreuses controverses, tant au niveau de l'étendue de son champ d'application que de ses effets, qui ont été l'objet de tendances « expansionnistes ».<sup>117</sup> L'emploi de la disposition dans la jurisprudence a été décevant, les organes ayant couramment eu recours à l'article 103 pour justifier des décisions extrêmement faibles au plan du raisonnement et de l'argumentation juridiques. De plus, l'interprétation et l'application de la disposition ont varié en fonction de l'instance, qui a eu à se prononcer. Il paraît de ce fait nécessaire de comprendre quelles sont les fonctions jouées par la disposition en droit international, ou celles que les juges et autres représentants du domaine juridique lui ont attribuées.

L'article 103 fut initialement formulé comme une règle, un outil juridique, permettant de résoudre les conflits de normes.<sup>118</sup> Les Etats sont en effet libres d'établir des priorités entre leurs engagements conventionnels internationaux, c'est-à-dire déterminer quelle obligation sera exécutée en cas d'incompatibilité.<sup>119</sup> En vertu de l'article 103, les obligations onusiennes doivent jouir d'une prééminence en cas de contradiction avec d'autres engagements. Cependant, la clause a acquis une dimension dépassant sa vocation originelle, sur laquelle un accent particulier sera mis,

---

*littéraires et artistiques*, article 19 de la *Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle de 1979*, article 47 de la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques* et article 73§2 de la *Convention de Vienne sur les relations consulaires*. Finalement, des clauses assurent la primauté et l'indérogeabilité de certaines règles spécifiques : article 311§6 de la *Convention sur le droit de la mer*. Pour un inventaire détaillé, voir *Fragmentation du Droit International. Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, Rapport du Groupe d'Etude de la Commission du droit international, établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi*, cinquante-huitième session, mai-août 2006, A/CN.4/L.682, 13 avril 2006, §§ 267-323, pp. 146-180. Egalement, Wilfred, JENKS, "The Conflict of Law-Making Treaties", *British Yearbook of International Law*, vol. 30, 1953, pp. 401-452

<sup>117</sup> «*Indeed the straightforward nature of article 103 still leaves room for doctrinal puzzlement.*», CANOR, Iris, «The European Courts and the Security Council: Between *Dédoublément Fonctionnel* and Balancing of Values: Three Replies to Pascal De Sena and Maria Chiara Vitucci», *European Journal of International Law*, vol. 20, N°3, 2009, p. 873. Et: «*This provision (...) is replete with a plethora of uncertainties, ranging from the root of its meaning, to points of interpretation. As a result, at present there is no agreement as to the precise scope and effects of Article 103...*», KOLB, Robert, «Does Article 103 of the Charter of the United Nations Apply only to Decisions or also to Authorizations Adopted by the Security Council?», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 64, 2004, p. 21

<sup>118</sup> «*En se contentant d'affirmer que les obligations de la Charte prévaudront, il [l'article 103] instaure non un rapport hiérarchique, mais une nouvelle règle de conflit, c'est-à-dire une règle qui ordonne les relations entre normes de valeur équivalente.*», TOUBLANC, Alix, «L'Article 103 et la valeur juridique de la *Charte des Nations Unies* », *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 108, N° 1-2, 2004, p. 454.

<sup>119</sup> La *Convention de Vienne sur le droit des traités (CVDT)* prévoit explicitement la possibilité aux Etats de décider de quelle manière les traités successifs doivent être ordonnancés. Cette option est prévue par le §2 de l'article 30 de la *CVDT*, qui se réfère aux clauses de subordination ou de comptabilité. C'est uniquement en cas d'absence de stipulation expresse, que les règles de conflit codifiées au § 3 et au § 4 s'appliquent. «*La pratique moderne révèle une nette tendance des Etats à insérer dans le texte des traités des clauses de conflit établissant les critères de priorité d'application des dispositions de l'un de ces instruments quand elles entrent en conflit avec les dispositions d'un autre traité, afin de résoudre à l'avance les problèmes qui pourraient résulter de leur incompatibilité.*», PAOLILLO, Felipe, «Article 30», in CORTEN, Olivier, KLEIN, Pierre, (sous la dir.), *Les Conventions de Vienne sur le Droit des Traités, Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 1268.

car elle a été passablement sous-estimée sa fonction symbolique. Celle-ci est utilisée comme un mécanisme *sui generis* d'imposition et d'exclusion de normes véhiculant des valeurs caractéristiques d'une certaine conception de l'ordre international. Cette fonction "axiologique" se révèle être primordiale dans le contexte contemporain de fragmentation du droit international. La réalité démontre que l'existence de conflits entre obligations juridiques a souvent été présumée à tort pour pouvoir recourir à l'article 103 et ainsi, avoir une base juridique pour résoudre des conflits se situant davantage entre des valeurs et *policies* qu'entre des normes.<sup>120</sup>

La Charte, tout comme les normes relevant du *jus cogens* ou celles appartenant au domaine des droits humains, reflète certaines valeurs et certains intérêts spécifiques et son interprétation diffère selon les objectifs à atteindre. Ceci a mené à l'apparition d'une tendance commune, aisément identifiable, chaque communauté juridique voulant défendre son domaine et sa position au sein du système global : une volonté de modifier ou d'étendre indéfiniment le champ d'application, les effets et les fonctions de normes prétendument indérogeables. De plus, les normes impératives de droit international, les droits de l'homme indérogeables, les règles fondamentales de droit humanitaire et l'article 103 font partie de ces instruments juridiques, perçus, à tort ou à raison, comme introduisant une hiérarchie juridique en droit international, permettant de combler le manque d'institutionnalisation de l'ordre international. Ces notions peuvent en effet être regroupées dans un même ensemble, même si les critères qui permettent de les différencier ne sont pas identiques. Ces catégories ont tout de même comme point commun de doter un nombre limité de normes et principes d'une normativité renforcée, parfois supérieure. Elles entraîneraient par conséquent, une remise en cause du paradigme traditionnel d'équivalence normative et créeraient certains infléchissements, voire des exceptions, aux principes classiques du droit international.<sup>121</sup>

---

<sup>120</sup> Les termes de valeur et de *policy* seront employés indifféremment, *policy* étant moins connoté, valeur possédant une dimension morale dans la langue française. Le terme de valeur doit être comprise, comme « ce à quoi de la valeur est accordée » et qui exerce une influence sur l'individu, le groupe ou la société qui lui accorde ce qualificatif. Cette définition englobe donc les notions d'intérêt, de *policy* et de valeur dans un sens plus éthique. Les *policies* peuvent être définis comme des principes et lignes directrices, qui aident le corps social à se maintenir et à fonctionner efficacement. Les *policies* définissent les moyens nécessaires pour atteindre les objectifs et buts du groupe et façonnent la structure de l'ordre juridique, en conformité avec les convictions de la société. Ils doivent être pris en compte par le législateur quand il crée le droit et le juge, lorsqu'il l'applique.

<sup>121</sup> Sur les questions relatives à l'existence d'une normativité relative ou graduée en droit international, voir **note de bas de page 31**.

### ***C. Méthodologie employée, présentation du plan et indications bibliographiques***

Afin de saisir et présenter les fonctions remplies par l'indérogeabilité en droit international, ainsi que ses impacts sur le comportement des sujets de droit, il sera nécessaire dans un premier temps de déterminer le champ d'application et le contenu matériel des piliers normatifs sélectionnés, même si de nombreux débats existent déjà sur ces sujets. Aucun consensus n'a en effet émergé sur l'identification exacte des normes indérogeables. Il sera procédé à une analyse de la doctrine pertinente et tenterons de mettre en lumière les lacunes et les divergences relatives à ces questions. Seront également employés rapports des organes officiels, universels et régionaux, les résolutions d'institutions privées ou publiques, qui se sont abondamment penchés sur ces catégories de normes. Cette étape préliminaire vise à présenter les diverses lectures faites des normes de *jus cogens*, des droits de l'homme indérogeables, des règles fondamentales de droit international humanitaire et de l'article 103 de la *Charte des Nations Unies*. Cette étude se fondera aussi en grande partie sur les arrêts et avis des tribunaux et autre fora judiciaires ou quasi-judiciaires internationaux, régionaux ou nationaux, souvent confrontés à des cas concernant l'interprétation et l'application de ces normes.

On ne peut réellement comprendre un phénomène juridique sans traiter de ses applications concrètes et pratiques, le droit étant le reflet des réalités sociales et des relations entre les membres du groupe qu'il ambitionne de réguler. En conséquence, il sera attaché une importance toute particulière à l'attitude des Etats et autres sujets de droit international, ainsi qu'à leur invocation plus ou moins fréquente des normes indérogeables. Ces dernières ont-elles imposé des limitations efficaces à l'autonomie des Etats ? Le concept d'indérogeabilité est-il un phénomène juridique opérationnel ? L'existence de normes, desquelles il est impossible de dévier, entraîne des effets, tant au niveau des relations horizontales entre les sujets, qu'au plan vertical, à savoir dans quelle mesure ceux-ci sont soumis au droit international comme un ordre contraignant.

L'articulation des raisons qui sous-tendent qu'une norme soit recouverte de l'auréole d'indérogeabilité représente une étape essentielle du raisonnement : une norme est-elle indérogeable en raison de sa valeur, de son contenu intrinsèque, de ses fonctions ? Ou inversement, acquiert-elle un statut normativement supérieur en raison de son caractère indérogeable ? Et plus spécifiquement, le postulat, selon lequel il existe un lien entre les normes possédant une normativité en apparence renforcée et l'indérogeabilité, se vérifie-t-il, ou l'indérogeabilité n'est-elle qu'un outil du droit international visant la protection de l'intégrité de certains régimes, l'imposition de normes perçues comme fondamentales et la promotion de

considérations axiologiques spécifiques? Le phénomène d'indérogeabilité paraît mener à l'établissement d'une classification normative en droit international : l'objectif de ce travail est de tester cette proposition, en prenant en considération la structure et le fonctionnement de l'ordre juridique international.

Ensuite, il conviendra d'inférer des observations, si l'indérogeabilité remplit une fonction particulière dans chaque domaine ou si, elle peut être simultanément une technique juridique de hiérarchisation ou de priorisation, un moyen de résolution des conflits normatifs, un mécanisme d'imposition de valeurs et un instrument symbolique. Pour ce faire, les fonctions des normes indérogeables seront identifiées dans chaque pilier de manière méthodique. Nous parachèverons notre étude par un bref détour dans le domaine du droit international privé, qui connaît lui aussi des manifestations de l'indérogeabilité, afin de compléter l'analyse fonctionnelle et démontrer que le concept, constituant l'objet de cette thèse, est un phénomène juridique occupant une place centrale en droit international, mais qui n'a, en tant que tel, que peu intéressé les internationalistes.

Cette démarche permettra d'atteindre certaines conclusions relatives à la définition des normes indérogeables : l'indérogeabilité est-elle un concept employé uniquement pour désigner des phénomènes disparates ou, est-il possible de le considérer comme une notion unitaire dotée des fonctions identifiables et réelles, mais qui s'exprime et se concrétise différemment selon les circonstances de l'espèce, l'autorité qui se prononce et ses stratégies interprétatives? Nous pourrons alors confirmer ou infirmer l'hypothèse, qui suppose que les normes indérogeables possèdent des attributs et des implications communs, au-delà du domaine considéré. Pour ce faire, une méthode inductive a été choisie, à savoir identifier des « lois générales » par l'observation des faits formant l'activité juridique, écrits doctrinaux, apports jurisprudentiels et pratiques émanant des divers sujets de droit. En se basant sur les prémisses initiales, il sera tenté de reconstruire une définition fonctionnelle de l'indérogeabilité.

Cette étude se veut être une analyse transversale des fonctions de l'indérogeabilité en droit international. En couvrant trois domaines aussi différents que le *jus cogens*, les droits humains, le droit de la Charte et le droit international privé, il a fallu entreprendre des recherches bibliographiques extensives, ainsi que sélectionner les sources et ouvrages pertinents, les thèmes traités étant les objets d'une littérature abondante. Il est apparu que l'indérogeabilité est généralement abordée de manière superficielle et n'est que rarement traitée avec précision. Le concept, bien que quelques tentatives de cerner celui-ci peuvent être dénombrées, n'a pas reçu l'attention et la rigueur qu'il mérite de la part de la profession. Il est certes difficilement saisissable

et catégorisable en fonction de critères rigides, d'où le choix de l'appréhender par ses fonctions. Plus on tente de comprendre l'indérogeabilité, plus elle paraît réticente à être placée dans un cadre strict, ce qui ne signifie pas qu'il ne soit pas primordial de la décrypter, vu qu'elle représente une réalité en droit international. D'où une bibliographie qui peut apparaître large, tant au niveau des sources- jurisprudence, rapports, opinions d'institutions publiques et privées- qu'à l'échelle des ouvrages, mais le point de départ de ce travail et les éléments qui ont permis de construire le plan et structurer le raisonnement sont basés sur la revue complète et méticuleuse, ainsi que sur la critique, de la littérature existante. Cet exercice a mis en lumière les lacunes cognitives et analytiques relatives au concept d'indérogeabilité.

Les normes de *jus cogens* sont définies en partie par leur caractère indérogeable, mais les véritables rapports qu'entretiennent l'indérogeabilité et cette catégorie de normes n'ont pas été examinés : s'agit-il de deux phénomènes juridiques autonomes à appréhender de façon séparée ou bien sont-ils un couple indissociablement lié ? Malgré que le *jus cogens* soit invoqué de plus en plus fréquemment dans la jurisprudence et qu'il a acquis une existence en droit, peu d'apports ont été fournis sur les rôles que revêt l'indérogeabilité quand elle trouve application avec une norme impérative. De même pour le droit international des droits de l'homme, une multitude d'ouvrages sur la question de la faculté dérogatoire octroyée aux Etats lors de situations d'urgence, ses conditions d'application et les justifications de l'insertion de cette possibilité dans les traités en la matière ont été publiés. Cependant, les droits indérogeables, les raisons de leur statut particulier et les fonctions que ces droits remplissent, ne paraissent pas avoir attiré la curiosité des internationalistes. Très peu d'efforts ont été entrepris, afin de cerner avec précision les droits de l'homme non-sujets aux dérogations, aussi bien au niveau de leur contenu matériel, que de leurs effets juridiques et des facteurs qui expliquent leur dimension indérogeable. Les défenseurs du droit international humanitaire présentent leur corpus juridique comme un ensemble intouchable et absolu, qui ne peut être soumis à des restrictions ou exceptions autres que celles qui sont expressément prévues dans les textes. Ils n'ont jamais tenté d'éclaircir cette indérogeabilité singulière et encore moins voulu la questionner, alors qu'il ressort de la pratique que le droit des conflits armés n'est pas respecté en toutes circonstances et qu'il est fréquemment interprété de telle façon à concilier ses règles avec les exigences des conditions de belligérance.

Finalement, la littérature et les études consacrées à l'article 103 de la *Charte des Nations Unies* ont été rares. La disposition a récemment resurgi dans la jurisprudence et le débat doctrinal, ses premières invocations dans des procédures contentieuses remontant aux affaires *Nicaragua* et

*Lockerbie* devant la Cour internationale de Justice.<sup>122</sup> L'article 103 est un instrument de circonstance, dont le recours s'est révélé être particulièrement pertinent en lien avec l'activité croissante du Conseil de sécurité de l'ONU, lors de ses récentes interventions en cas de conflits armés et dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. Les internationalistes ont vainement cherché à délimiter le champ d'application de la clause, ainsi que ses conséquences, mais peu ont réfléchi au rôle exact de celle-ci dans le contexte international contemporain ; les juges ont quant à eux employé la disposition de manière peu rigoureuse, s'en servant principalement pour atteindre leurs objectifs, promouvoir les intérêts de leur régime et défendre leur conception de l'ordre juridique international. Le monde n'est plus celui qu'il était en 1945, le système ayant subi des transformations importantes. Considérer la Charte comme un instrument devant posséder une prééminence sur toute obligation contraire n'est probablement pas, ou plus, en adéquation avec la réalité contemporaine du droit international.

De ces constats découle le besoin d'avoir une approche globale et extensive des divers thèmes, afin de ne pas ignorer certains éléments, qui permettront de déterminer la portée de l'indérogeabilité en droit international. Simultanément, il nous incombe la tâche d'étudier minutieusement et avec rigueur chacun des piliers pour dégager leurs particularités et discerner leurs points de convergence. Bien que les recherches se concentrent sur la dimension fonctionnelle, il est difficile d'adopter qu'un seul angle d'approche, une seule méthode et ne pas entreprendre une recherche approfondie des trois piliers choisis. La problématique des normes indérogeables est excessivement complexe et il paraît indispensable de posséder des connaissances complètes du sujet, en se référant à des auteurs et internationalistes d'époques et de tendances différentes, qui ont abordé la question selon leurs inclinations respectives. L'interdiction de déroger à certaines normes d'un ensemble juridique, traditionnellement conçu comme un droit dispositif et consensuel, implique également quelques détours dans les domaines de la philosophie et de l'histoire du droit international, ceux-ci étant susceptibles d'apporter quelques clarifications relativement à ses fondements, ses origines et ses sources. Il a été précisé que ce travail ne se limitera pas aux fonctions strictement juridiques de l'indérogeabilité, mais traitera également de

---

<sup>122</sup> *Affaire relative aux Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Nicaragua vs. Etats-Unis d'Amérique, Compétence de la Cour et recevabilité de la requête, arrêt du 26 novembre 1984, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J. 1984, § 107, p. 52; *Affaire relative aux Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant dans l'incident aérien de Lockerbie*, Jamahiriya arabe libyenne vs. Royaume-Uni, Demande en indication de mesures provisoires, ordonnance du 14 avril 1992, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J. 1992, §§ 37 et 39, pp. 15-16 (§ 36 et § 49 pour l'affaire vs. les Etats-Unis).

L'article a été cité dans les opinions de juges déjà avant 1984 : « *L'article 103 s'appliquant aux engagements passés et futurs, deviennent inopposables aux Etats Membres dans leurs relations avec l'Afrique du Sud, quelle qu'en soit la date...* », Opinion séparée du Juge Ammoun, *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-ouest africain) nonobstant la Résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Avis consultatif, 21 juin 1971, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J. 1970, § 18, p. 87.

ses fonctions sociales. L'indérogeabilité sera abordée comme un outil de structuration et de stabilisation de la société internationale et sa dimension axiologique d'imposition et d'exclusion de valeurs sera dûment prise en considération. Ceci suppose des incursions dans les sphères de la sociologie du droit et de la théorie des valeurs. Les puristes auront à nous excuser de nous éloigner peut-être trop de la science juridique, mais l'indérogeabilité constitue un phénomène qui ne peut être compris uniquement par l'entremise d'une démarche, qui se limite à concevoir le droit comme un ensemble de règles et de principes obligatoires édictés par une autorité compétente et dont le respect est assuré par les pouvoirs publics.<sup>123</sup> Mais tout comme l'indérogeabilité, « *le droit [appartient] à la famille assez étendue des concepts qui ne sont clairs qu'entrevis de loin. Dès qu'on cherche à s'en approcher, la vision se brouille* ». <sup>124</sup> Il nous échoit de nous munir des lunettes appropriées et adopter la perspective adéquate, afin d'éclaircir le concept *énigmatique* d'indérogeabilité.

\*\*\*

---

<sup>123</sup> Selon Pierre-Marie Dupuy, le droit international constitue un véritable système juridique, « *un ensemble coordonné de normes dotées de force obligatoire à l'égard de sujets déterminés et dont la méconnaissance entraîne certaines conséquences définies.* », DUPUY, Pierre-Marie, *Droit International Public*, 6<sup>ème</sup> Edition, Paris, Droit Public et Science Politique, Dalloz, 2002, p. 12

<sup>124</sup> ROULAND, Norbert, *Introduction historique au droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1998. Consultable sur internet at [classiques.uqac.ca/.../rouland\\_norbert/...droit/intro\\_historique\\_au\\_droit.doc](http://classiques.uqac.ca/.../rouland_norbert/...droit/intro_historique_au_droit.doc) consulté le 27 avril 2011, p. 30. Et Kant à propos des juristes: « *Les juristes cherchent encore leur définition de leur concept du droit.* », KANT, Emmanuel, *Critique de la raison pure*, traduit par A. Tremesaygues et E. Pacaud, 6<sup>ème</sup> Edition, Paris Gallimard, 1968, p. 503



## Chapitre II. L'indérogeabilité et les normes de *jus cogens*

### *Introduction*

La problématique de l'indérogeabilité semble logiquement devoir être abordée dans un premier temps en lien avec le phénomène du *jus cogens* international, décrit comme un « *ensemble de règles qui dérivent des principes que la conscience juridique de l'humanité considère comme absolument indispensables à la coexistence au sein de la communauté internationale, à un stade déterminé de son évolution historique* ». <sup>125</sup> Conformément à la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, premier instrument juridiquement contraignant à avoir explicité la notion, les normes impératives de droit international général, qui possèdent le caractère de *jus cogens*, ne tolèrent aucune dérogation par voie d'accord contraire et ne sont modifiables que par des normes de même nature. Les relations entre l'impérativité et l'indérogeabilité n'ont été que peu examinées, ou de façon partielle, et il semble indispensable d'apporter quelques éclaircissements sur ce thème. Le *jus cogens* est-il simplement « *la caractéristique propre à certaines normes juridiques de ne pas être susceptible de dérogation par voie conventionnelle* » ? <sup>126</sup> Cette catégorie juridique représente-t-elle davantage qu'une simple relation de cause à effet entre impérativité et indérogeabilité ?

Le *jus cogens* a été, et continue d'être, l'objet de multiples controverses, les contours de son champ d'application, ainsi que la portée de ses effets, demeurant encore extrêmement imprécis. <sup>127</sup> Il apparaît pourtant que la ou les fonctions de l'indérogeabilité lorsqu'elle est évoquée en lien avec le *jus cogens* ne peuvent être sous-estimées. Cette section a pour objectif majeur de saisir quelles sont ces fonctions. Il sera procédé au cours d'une première partie (A) à un examen des origines du *jus cogens* et de sa place dans les théories du droit international, tentant d'expliquer les fondements des normes impératives. Nous nous intéresserons également aux auteurs, qui s'opposent vigoureusement à leur existence en droit international. Le *jus cogens* est défini par opposition au droit dispositif et est souvent associé, voire confondu, avec le concept d'ordre public, notion qui est issue du droit interne et qui a été transposée en droit international. Le *jus dispositivum* et l'ordre public ont suscité de nombreux débats doctrinaux, quant à leurs liens avec les normes impératives en droit international, d'où la nécessité de les définir avec précision. Cette partie sera clôturée par la mise en lumière du développement du *jus cogens* en droit international,

---

<sup>125</sup> Déclaration du Représentant du Mexique, M. Eduardo Suarez à la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, *Documents officiels, Vienne, 26 mars-24 mai 1968 et 9 avril-22 mai 1969, Documents de la Conférence*, A/CONF.39/11, p. 319, § 7

<sup>126</sup> *Détermination de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal*, Sentence Arbitrale du 31 juillet 1989, § 41

<sup>127</sup> Les termes de normes de *jus cogens* ou de normes impératives de droit international général seront employés indistinctement

en démontrant que celui-ci représentait une réalité juridique, ceci déjà avant l'adoption de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* (ci-après *CVDT*).

La section suivante sera consacrée à l'analyse détaillée des normes impératives de droit international général, telles que définies dans la *Convention de Vienne relative au droit des traités*, première consécration du *jus cogens* en droit international positif, par un examen minutieux des articles 53 et 64 de la *CVDT*. Nous nous attarderons sur le contenu matériel du *jus cogens* et sur les critères d'identification des normes fondamentales, issus de la définition de la Convention. Il sera exposé les diverses opinions doctrinales développées qui ont mené, pour la plupart, au constat qu'il était impossible d'établir une liste définitive des normes de *jus cogens*. Nous montrerons quel a été l'impact du *jus cogens* sur la pratique internationale depuis 1969, dans le but de cerner le caractère opératoire et l'effectivité de ce concept théorique. **(Partie B.1)** Le *jus cogens* a progressivement acquis une dimension qui dépasse sa vocation initiale. En effet, tant la doctrine, que la jurisprudence ont tenté d'étendre sa portée et ses effets, à d'autres sujets que les Etats et à d'autres domaines que le droit conventionnel. Tendance récurrente lorsque l'on aborde la thématique de l'indérogeabilité, ces visées « impérialistes » répondent aux objectifs et à l'agenda de l'autorité qui a à se prononcer. Nous essaierons de saisir si ces entreprises ont trouvé une application pratique et si l'indérogeabilité du *jus cogens* remplit également une fonction au-delà du droit des traités. **(Partie B.2)**

Nous nous hasarderons à appréhender quels sont les véritables rapports qu'entretiennent les normes de *jus cogens* et l'indérogeabilité, et comprendre si normes indérogeables et normes de *jus cogens* sont consubstantielles ou si au contraire elles constituent deux catégories normatives distinctes, n'ayant que ponctuellement des contacts, l'objectif étant d'affirmer ou d'infirmer l'hypothèse, relative au caractère spécifique et variable de l'indérogeabilité, selon les domaines du droit international où elle se manifeste. **(Partie C)** Une approche fonctionnelle du *jus cogens* et de son indérogeabilité conclura ce chapitre. **(D)** Le *jus cogens* ne peut être réellement compris sans une référence au rôle des valeurs et des *policies* dans la formation du droit au sein d'une société:

« *Every positive juridical order has its roots in the ethics of a certain community (...) [The juridical order] can not be understood apart from its moral basis.* »<sup>128</sup>

---

<sup>128</sup> VERDROSS, Alfred, « Forbidden Treaties in International Law », *American Journal of International Law*, vol. 31, 1937, p. 572

Les termes de valeur et de *policy* seront employés indifféremment, les valeurs étant davantage reliées aux notions de morale et d'éthique, les *policies* constituant un terme plus neutre. Les *policies* peuvent être définies comme des principes et lignes directrices, qui aident le corps social à se maintenir et à fonctionner efficacement, ainsi qu'à déterminer les moyens nécessaires pour atteindre ses objectifs. Elles façonnent la structure de l'ordre juridique en conformité avec les convictions de la société.

Les normes impératives, en plus de leur rôle de facteur de structuration et de rationalisation de l'ordre juridique international, de leur fonction purement juridique, implique une dimension axiologique et symbolique, en tant que mécanisme puissant d'imposition de valeurs collectives. Les rapports entre le *jus cogens* et d'autres notions juridiques liées à l'existence de catégories normatives spécifiques, à savoir les obligations *erga omnes* et les crimes internationaux, seront traités spécifiquement. Il est important de souligner les points communs et les différences entre ces concepts, qui tendent vers l'affirmation de certaines *policies*, qui sont supposées transcender les intérêts purement égoïstes des Etats et favoriser l'émergence d'une réelle communauté internationale. Cette section s'achèvera sur une évaluation de l'impact du *jus cogens* sur le droit international : en quoi cet ensemble a-t-il remis en cause la conception traditionnelle de celui-ci et a-t-il bouleversé le rôle du consentement de l'Etat dans le processus juridique ?

Une analyse de la doctrine existante sera entreprise, afin de mettre en lumière les lacunes de celle-ci relativement à l'objet de cette étude. Les arrêts et avis consultatifs de la Cour internationale de Justice, mais aussi les décisions d'autres instances internationales sont d'une utilité particulière relativement à la question du *jus cogens*, malgré le fait que les organes internationaux ont parfois fait preuve de beaucoup de prudence quant à l'évocation et l'application concrète des normes impératives. De plus, les débats au sein de la Commission du droit international lors des séances relatives à l'élaboration et l'adoption de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* représentent une source très instructive sur l'opinion et les réactions des acteurs internationaux sur l'introduction de la notion de *jus cogens* en droit international positif. Finalement, de nombreux rapports et résolutions d'organes officiels ou d'instituts privés apportent de nombreux détails et éclaircissements sur la question.

Il est impossible de traiter de la question des normes indérogeables en droit international, sans considérer ses liens et interdépendances avec le *jus cogens*. Bien que les normes impératives aient été dès le début définies par leur caractère indérogeable à l'article 53 de la *Convention de Vienne*, l'impérativité des normes, n'est pas forcément synonyme d'indérogeabilité. *A priori*, il s'agit de deux phénomènes, qui sont certes proches et intimement liés, mais qui ne se recouvrent pas totalement. Avant de procéder à la démonstration ou à l'infirmité de cette hypothèse et pouvoir déterminer quelles sont les fonctions des normes indérogeables de *jus cogens*, il faut comprendre leurs origines et tracer leur évolution en droit international.

## A. *Le jus cogens et le droit international*

### 1. Origines

#### a. Aspects généraux

Le *jus cogens* tire son appellation d'une expression latine que l'on peut traduire littéralement par « droit contraignant ou droit impératif », auquel il est interdit de déroger. Le *jus cogens* fait son apparition en droit international positif avec son inclusion en 1969 dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, mais ses racines remontent à des temps plus anciens. Le terme de *jus cogens* est mentionné pour la première fois dans un texte du jurisconsulte romain Papinien. La notion est alors employée avec une signification autre que celle qu'elle possède en droit international contemporain: « *Donari videtur quod nullo jure cogente conceditur* », locution qui ne fait que souligner le caractère essentiel de toute donation.<sup>129</sup> Pour rencontrer le *jus cogens* dans le sens où nous l'acceptons aujourd'hui, il faut remonter à la période où le droit romain fit une première distinction entre le droit privé et le droit public, qui selon Ulpien peut être résumée de cette manière: « *Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat ; privatum quod quod ad singulorum utilitatem.* ». De cette définition dérive la conséquence que le *jus publicum* constituait déjà une ébauche de *jus cogens*, car il ne tolérait aucune dérogation à ses normes par accord entre les parties.<sup>130</sup> De plus, c'est également à cette époque que le principe de nullité des accords contraires aux lois fondamentales et aux bonnes mœurs fut établi. Ce principe sera par la suite intégré dans le droit positif de la plupart des Etats.<sup>131</sup> Dans la tradition du droit romain, il était accepté que les actes modifiant le droit positif ne devaient pas être en contravention avec les impératifs de l'ordre public. Le droit romain se divisait entre normes impératives (*jus strictum*, *jus publicum*) et normes permissives (*jus dispositivum* ou accords privés compatibles avec le *jus publicum*). Il existe donc, dès ce moment, un droit impératif indérogeable.

Le mot *jus cogens* apparaît tel quel chez les auteurs qui étudièrent les Pandectes, qui acceptaient la distinction entre *jus imperativum* et *jus dispositivum*, ou plus simplement entre *jus cogens* et droit permissif. Par exemple, Windscheid, définit le *jus cogens*, comme « *un ensemble de règles de droit excluant toute attitude arbitraire des personnes privées: elles s'appliquent alors même que les*

---

<sup>129</sup> PAPINIEN, *Digeste*, 39.5, citations tirées de GOMEZ, ROBLEDO, Antonio, « Le jus cogens international... », pp. 19-20

<sup>130</sup> D'où les maximes: « *Jus publicum privatorum pactis mutari non potest.* », et « *Privatorum convention juri publico non derogat.* », *Digeste*, 2.14.38, cité par GOMEZ, ROBLEDO, Antonio, « Le jus cogens international... », pp. 17-18. Le *jus cogens* en droit interne dépend de la distinction entre le droit privé et le droit public, distinction qui n'existe pas réellement en droit international.

<sup>131</sup> Voir l'article 6 du *Code Napoléon* « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.* »

*parties veuillent les exclure; elles s'imposent* ». <sup>132</sup> Depuis toujours néanmoins, les normes impératives sont l'objet de nombreuses discussions, relativement à leurs sources, leur contenu et les critères permettant de déterminer précisément quelles règles appartiennent à cet ensemble juridique.

Les normes impératives de droit international général sont perçues comme possédant une autorité normative supérieure, car elles protégeraient des valeurs et des intérêts ayant une importance fondamentale pour le régime juridique dans lequel elles déploient leurs effets. Dans l'optique de notre approche fonctionnelle, les normes de *jus cogens* devraient par conséquent remplir des fonctions d'ordre systémique et structurel, en matérialisant en des règles juridiques, des aspirations et valeurs communes à l'ensemble des membres d'une communauté, qui sont considérées comme nécessaires au bon fonctionnement de celle-ci. De ce fait, le *jus cogens* empêche les sujets de droit d'édicter des normes sur n'importe quelle matière qui serait contraire à ces valeurs. En outre, il semble logique que toute violation d'une norme impérative génère des conséquences spécifiques et différentes de celle d'une norme ordinaire. Les normes de *jus cogens* lieraient les sujets, indépendamment de leur volonté individuelle, elles s'imposeraient objectivement à eux et de manière générale. Elles sont supposées constituer le sommet de la hiérarchie normative, car leur caractéristique principale est qu'elles doivent primer sur toute autre norme inférieure et entraîner la nullité de tout acte juridique qui se trouve être en contravention avec elles.

De quelle manière les penseurs du droit international ont-ils introduit la notion de normes impératives dans leur raisonnement sur les sources des règles de droit et les fondements du système? Quelles fonctions ont-ils attribué au *jus cogens*? Ne désirant pas procéder à un survol de l'ensemble des approches relatives au droit international, l'analyse sera limitée à la conception du *jus cogens* telle qu'elle fut élaborée par l'école du droit naturel et par les positivistes. Cette limitation du champ d'étude est due à des raisons évidentes : le *jus cogens* est parfois vu comme une « résurrection » des théories jusnaturalistes, alors qu'il semble être en total opposition avec le positivisme volontariste classique. <sup>133</sup>

---

<sup>132</sup> Van Gluck écrivit également: « *Le jus cogens contient les lois imposant ou interdisant une action. (...) Le droit impératif est l'opposé du droit permissif.* », cité par SUY, Erik, *Rapport sur le Jus cogens...*, p. 5

<sup>133</sup> Des tentatives récentes ont été entreprises, afin de développer des fondations théoriques inédites au *jus cogens*. Voir CRIDDLE, Evan J. FOX-DECENT, Evan, « A Fiduciary Theory of Jus Cogens », *Yale Journal of International Law*, vol. 34, 2009, p. 331-388: les deux auteurs rejettent le positivisme, le droit naturel et l'analogie avec l'ordre public comme bases du *jus cogens*.

## b. *Jus cogens* et le droit naturel

Le droit naturel assume qu'il existe des principes juridiques universellement contraignants qui ne peuvent être modifiés par aucun autre: il peut être affirmé que le *jus cogens* trouve ses fondements philosophiques dans cette doctrine du droit international, dans un contexte « où le droit international était considéré comme une puissance omniprésente et protectrice, dont les normes se confondaient avec des préceptes de moralité et de raisonnement éclairé ». <sup>134</sup> Le *jus cogens* et le droit naturel essaient de faire primer des valeurs essentielles sur la volonté des Etats et dénotent « l'aspiration de la société internationale à une plus grande unité et à une solidaire accrue ». <sup>135</sup>

Un des pères fondateurs du droit international, Francisco Vitoria, soutenait de manière catégorique que le droit des gens constituait du droit naturel ou qu'il dérivait de celui-ci. <sup>136</sup> Ce droit naturel, qui occupe le sommet de la hiérarchie normative, sorte de *jus cogens* nécessaire, devait selon Vitoria primer sur toute autre norme et était doté d'une immuabilité absolue. En plus de ce droit, il existait également un *jus cogens* positif ou volontaire, auquel il était possible de déroger, si la dérogation était prononcée par l'ensemble des membres de la communauté. Par la suite, Grotius accepta aussi la prééminence du droit naturel- dicté par la droite raison, et non par des considérations d'ordre divin- sur le droit positif, en distinguant le droit nécessaire, du droit volontaire. <sup>137</sup> Cet ensemble de normes nécessaires, le droit naturel appliqué aux Nations, ne pouvait être modifié par accord entre les Etats, ni même par la volonté de Dieu. Pour Grotius, Il dominait en conséquence l'ordre juridique. <sup>138</sup> Les auteurs du XVIII<sup>ème</sup> siècle, comme Wolff ou Vattel conservèrent la distinction entre le *jus necessarium* immuable et indispensable pour assurer des relations pacifiques entre les Etats et le *jus voluntarium*:

« Nous appelons droit des gens nécessaire, celui qui consiste dans l'application du droit naturel aux nations. Il est nécessaire, parce que les Nations sont absolument obligées à l'observer. (...) le droit des gens nécessaire est immuable. » <sup>139</sup>

Cette conception d'un *jus cogens*, identifié en fonction de principes supérieurs de justice, de la raison et de moralité, tel qu'envisagée par les jusnaturalistes, a perduré au fil des siècles, malgré

---

<sup>134</sup> GLENNON, Michael J., «De l'absurdité du droit impératif (jus cogens)», *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 110, 2006, p. 31

<sup>135</sup> WEIL, Prosper, « Cours général: le droit international en quête de son identité », *RCADI*, vol. 237, 1992-VI, p. 266

<sup>136</sup> VITORIA, Francisco de, *De Indis et de jure belli Relectiones, De Indis prior, de titulis legitimis*, traduit par Maurice Barbier, Genève, Droz, 1966.

<sup>137</sup> GROTIUS, Hugo, *Du droit de la guerre et de la paix*, traduction de Jean Barbeyrac, Caen, Presses Universitaires de Caen, 2011, Vol. I, Chapitre 1.

<sup>138</sup> On ne trouve chez Grotius ni la définition du contenu matériel de la norme impérative de *jus cogens*, ni de la forme de celle-ci, mais il énonce le principe de soumission des relations internationales à des règles de droit déterminées.

<sup>139</sup> VATTEL, Emer de, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Washington, Carnegie Institution of Washington, 1916, §§ 7-9 ; WOLFF, Christian, *Du principe du droit de la nature et des gens*, traduit par Jean-Henry Samuel Formey, Hildesheim/Zurich, G. Olms, 2000, Chapitre 1.

les critiques soulevées à l'encontre de cette doctrine, notamment relativement au caractère non évolutif du droit naturel.<sup>140</sup> D'ailleurs, les Rapporteurs spéciaux de la Commission du droit international, qui furent chargés de codifier le droit des traités reconnurent le lien entre le droit naturel et le *jus cogens*. Hersch Lauterpacht affirma que le *jus cogens* consistait:

« (...) en des règles de politique publique qui ne s'étaient pas nécessairement cristallisées en règles de droit clairement acceptées, mais ne constituaient peut-être que des règles de moralité internationale valables.»<sup>141</sup>

René-Jean Dupuy, représentant du Vatican lors de la Conférence de Vienne sur le droit des traités, fit également référence au droit naturel:

« (...) Certes, le *jus cogens* ne doit pas être confondu avec le droit naturel, puisqu'il ne s'agit pas en l'occurrence de règles immuables. Il le contient cependant.»<sup>142</sup>

La conviction que l'essence du *jus cogens* est à rechercher dans cette vision du droit naturel peut être également appréciée chez Charles de Visscher quand il écrit: « la norme impérative procède directement d'un jugement de valeur morale ou sociale.»<sup>143</sup> Selon les théoriciens appartenant à cette tendance, un nombre limité des règles découlent, soit de la nature, soit de la raison : elles échappent en conséquence aux mécanismes formels de création des normes, la volonté n'étant plus la seule source du droit. Difficile de contredire Jerzy Stucky, quand il défend le constat que le droit naturel a exercé une influence constructive sur le droit international dans les premières étapes de son développement et continue de jouer un rôle, au vu des lacunes du droit positif.<sup>144</sup> Néanmoins, il existe un risque de déconsidérer le *jus cogens* comme une catégorie juridique en se basant exclusivement sur le droit naturel pour en comprendre les origines et les fondements. Il est logique de tenter de comprendre si le *jus cogens* peut être alors réconcilié avec les prémisses d'un ordre juridique international positiviste, conçu comme un droit incorporé en des règles, voulues et acceptées par les Etats. Il faut cependant souligner que même dans l'ère qui a vu triompher le positivisme, à savoir dès la fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle, il existait un noyau de règles intangibles, qui étaient perçues comme indispensables au bon fonctionnement du système international.

---

<sup>140</sup> CASTBERG, Frede, *La Philosophie du droit*, Paris, Pedone, 1970, p. 121

<sup>141</sup> *Rapport sur le droit des traités*, UN Doc. A/CN. 4/63, 1953. Voir également Fitzmaurice : «... les normes impératives reposent sur des considérations d'ordre moral et de bon ordre international.», *Troisième Rapport sur le droit des traités*, UN Doc. A/CN.4/115, 1958

<sup>142</sup> Première Session, *Documents Officiels*, 1968, p. 280

<sup>143</sup> DE VISSCHER, « Positivisme et Jus cogens », *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 75, 1971, p. 9, voir aussi JANIS, Mark W., « The Nature of Jus cogens », *Connecticut Journal of International Law*, vol. 3, 1987-1988, p. 361

<sup>144</sup> SZTUCKI, Jerzy, « Jus cogens ... », p. 61

### c. *Jus cogens* et positivisme

L'existence de normes impératives indérogables remet partiellement en question l'approche positiviste-volontariste, qui élimina provisoirement la conception d'un droit international reflétant à la fois des considérations juridiques et extra-juridiques, par l'affirmation que le droit est constitué uniquement de règles juridiques positives et que la volonté des Etats est la seule et unique source de ces dernières. L'obligation juridique n'est pas basée sur l'éthique, mais résulte de l'interaction entre les Etats et les règles qui découlent de celles-ci. Selon, l'approche volontariste, un Etat ne peut pas être lié par une règle, s'il n'y a pas consenti. Néanmoins, certains auteurs issus de ce courant ont accepté le fait que le droit international soit formé de deux types de normes. Au cours du XX<sup>ème</sup> siècle plus précisément, il fut concédé que le système tel que conçu initialement, comme un droit dérogatoire et entièrement dispositif, n'était pas apte à répondre aux besoins et aux préoccupations des membres de la société internationale.

Oppenheim, par exemple, admit qu'il existât des principes universellement reconnus de droit international, qui devaient entraîner la nullité de tout traité contraire.<sup>145</sup> Même le juge Anzilotti finit par adhérer à l'idée que malgré que « *l'ensemble du droit international [soit] dérogeable. Néanmoins, cette capacité illimitée d'abroger et substituer les règles en vigueur présuppose le consensus de tous les Etats qui ont participé à leur formulation* ». <sup>146</sup> La liberté des Etats de contracter n'est donc pas absolue. Il est certain que ces auteurs considèrent les pré-conditions systémiques du droit international comme la justification à l'existence du *jus cogens*, en opposition avec les adeptes du droit naturel, qui eux, se basent sur le contenu matériel des normes, comme véhicule des valeurs fondamentales du droit international. Cependant, le *jus cogens* n'est pas un thème exclu des débats parmi les positivistes. De plus, avec l'évolution des théories, il est désormais largement accepté, que même une approche positiviste, exige l'incorporation dans le processus juridique de certaines considérations d'ordre extra- ou métajuridique, ainsi que des évaluations relatives aux valeurs impliquées.

---

<sup>145</sup> OPPENHEIM, Lassa Francis Lawrence, *International law: a treatise*, 2<sup>ème</sup> Edition, Londres, Longmans Green, 1912, pp. 548-550. Il cite les traités imposant des obligations aux Etats tiers, les traités qui ont un objet impossible à réaliser, les traités imposant des obligations immorales (pactes d'agression) et les traités en contravention avec les principes généraux de droit universellement reconnus, comme l'interdiction de la piraterie ou de l'appropriation d'espaces en haute mer.

<sup>146</sup> ANZILOTTI, Dionisio, *Corso di Dritto Internazionale*, cité par PAULUS, Andreas S., « *Jus cogens* in a Time of Fragmentation and Hegemony... » p. 300. Le juriste italien ramène la question du droit impératif au fait de savoir si, certaines normes générales excluent ou admettent des accords particuliers dérogatoires. Le droit international général, tout comme le droit international particulier, repose sur un accord, qu'il soit tacite ou exprès. Le *jus cogens* n'est qu'une limitation auto-imposée par les Etats à leur capacité de conclure des accords.

Même si le terme de *jus cogens* n'a été que peu employé par les tenants du volontarisme positiviste, il est certain que la notion a toujours été présente aussi bien dans la pratique diplomatique que dans les cercles scientifiques. Contrairement au droit naturel conçu comme extérieur et supérieur au droit positif, le *jus cogens* fait partie intégrante du droit positif : il s'agit de normes juridiques, certes dont la source est à chercher dans des aspirations extra-juridiques, mais qui possède un caractère normatif endogène, car théoriquement le fondement de la norme impérative est la reconnaissance et l'acceptation de celle-ci par la communauté internationale.<sup>147</sup>

« (...) if the terms positive law was understood to mean rules laid down by States, then *jus cogens* was by definition not a positive law. But if positive law was understood to mean the rules in force in the practice of the international community, then *jus cogens* was indeed positive law. »<sup>148</sup>

L'élaboration ultérieure du concept de normes impératives a été également permise par le recours à d'autres notions. Le *jus cogens* a été construit, comme apprécié *supra*, par opposition au *jus dispositivum*, mais aussi par une analogie, parfois, un peu hasardeuse, avec l'ordre public, tel que conçu dans les systèmes domestiques.

## 2. Développement de la notion

### a. Ordre public interne, ordre public international et *jus cogens*

Il existe dans chaque système juridique un ensemble de règles impératives exprimant des valeurs matérielles suprêmes et matérialisant des intérêts supérieurs, auxquelles les sujets de droit ne peuvent déroger par conventions ou accords contraires. Cet ensemble, qui se distingue des normes supplétives, constitue traditionnellement un ordre public, censé refléter les conditions socio-historiques d'une société à une période donnée. Le concept ordre public domestique a influencé certains internationalistes, leur instillant l'intuition qu'une notion similaire devait être présente en droit international.<sup>149</sup> La notion d'ordre public est une notion variable et relative, qui évolue selon les besoins du système qu'il régit.

« *Public policy in every country is in constant state of flux. It is always evolving. It is impossible to ascertain any absolute criterion.* »<sup>150</sup>

L'ordre public, au regard de sa conception en droit interne, a pour fonction essentielle de protéger les intérêts primordiaux de l'Etat, ainsi que d'établir les bases juridiques indispensables, sur lesquelles reposent l'agencement politique, économique et social du système.<sup>151</sup> De là, découle la soumission des intérêts particuliers aux exigences fondamentales de la communauté, ce qui

---

<sup>147</sup> WEIL, Prosper, « Cours général: le droit international en quête de son identité », ..., p. 267

<sup>148</sup> De Luna, *Yearbook of the International Law Commission*, 1963, vol. I, p. 75

<sup>149</sup> VERDROSS, Alfred, « Forbidden Treaties... », p. 572

<sup>150</sup> Opinion individuelle du juge Sir Percy Spender, *Affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs*, Pays-Bas v. Suède, C.I.J Recueil 1958, arrêt du 28 novembre 1958, pp. 122-123

<sup>151</sup> SUY, Erik, *Rapport sur le Jus cogens...*, p. 7

implique l'imposition de limitations à la volonté et à la liberté contractuelle des sujets de droit, ainsi que l'interdiction de déroger aux lois d'ordre public. En effet, la non-conformité d'un acte juridique à l'ordre public entraîne la nullité de celui-ci. L'ordre public permet d'empêcher des résultats contraires aux valeurs et à la morale qui priment dans une société.

« *On interdit non seulement les conventions, mais aussi les dispositions particulières, qui seraient contraires aux lois intéressant l'ordre public et les bonnes mœurs.* »<sup>152</sup>

Le concept d'ordre public joue un rôle vital dans l'interprétation et l'application du droit: il permet d'apprécier le caractère impératif ou supplétif d'une loi et la validité des contrats dérogatoires à celle-ci. Le Code civil français établit, à son article 1133, que « *La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public* ». <sup>153</sup>

En droit interne, les notions de *jus cogens*/droit impératif et d'ordre public ne se confondent pas, même si elles sont liées par une inséparabilité fonctionnelle. Dans les systèmes juridiques domestiques, une autorité publique compétente et obligatoire applique l'ordre public et possède la capacité de juger de la validité d'un contrat supposé être contraire aux principes de l'ordre public. Toutefois, toutes les normes de *jus cogens* n'appartiennent pas à l'ordre public. Certaines normes de *jus cogens* protègent en effet les droits des personnes privées, alors que dans le domaine du droit des obligations, le *jus cogens* constitue uniquement des règles d'application, qui déterminent qu'une situation ne peut être écartée par la volonté des parties à un contrat. Cependant, le *jus cogens* recouvre également des normes impératives et absolues d'ordre public, ordinatrices et prohibitives, exprimant des valeurs fondamentales et protégeant le bien-être collectif. En définitive, l'ordre public en droit interne est formé par l'ensemble des normes, issues de la volonté collective des membres d'une communauté, qui limitent la liberté contractuelle des sujets de droit et qui interdisent toute dérogation, sous peine de nullité ou de non-validité de l'accord contraire.

154

Il peut être inféré que tout système juridique exige un ordre public, à savoir une base solide permettant d'assurer les rapports pacifiques et harmonieux des membres d'une communauté, par la protection absolue de leurs valeurs et principes fondamentaux et par la limitation de leur liberté juridique. Le *jus cogens* international serait l'expression de ce *public policy*.

« *In any legal order there are certain basic rules which belong to the ordre public and thereby constitute its jus cogens.* »<sup>155</sup>

---

<sup>152</sup> Code civil roumain, article 5 ; Code civil français, article 6: « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.* »

<sup>153</sup> SUY, Erik, *Rapport sur le Jus cogens*,... p. 11

<sup>154</sup> Nous reviendrons sur l'ordre public dans le chapitre de conclusion. *Infra*, **Chapitre V**.

<sup>155</sup> TUNKIN, Grigory, I., « Jus cogens in... », p. 110

L'analogie avec l'ordre public a été employée comme fondement à la limitation de la capacité des Etats à contracter et à entreprendre des actions contraires aux normes impératives.<sup>156</sup> Cependant, les particularités du système juridique international impliquent que son ordre public soit différent de ceux des ordres nationaux et que les normes impératives ne soient pas établies et appliquées comme elles le sont en droit interne. Les limites imposées à la transposition de la notion d'ordre public du droit interne en droit international sont aisément discernables. Relativement à la présente thématique, il sera apprécié que les raisonnements par analogie sont risqués et qu'ils sont souvent causés par un complexe des internationalistes, quant au manque d'institutionnalisation du système de droit international. Ce sentiment d'infériorité les encourage à calquer l'ordre international sur la structure des ordres domestiques.

En droit international, les normes impératives et les normes permissives ont originellement la même nature juridique et ont, pour créateurs et destinataires, les mêmes sujets, à savoir les Etats. Il n'existe pas de pouvoir centralisé et doté de compétence obligatoire capable d'énoncer et de déterminer quelles règles appartiennent à l'ordre public et apte à prononcer une sanction, en cas de violation de celles-ci ou de déclarer la nullité des actes dérogoires.<sup>157</sup> En droit interne, le caractère impératif d'une loi est soit établi par un texte législatif qui lui confère une appartenance au droit public, soit par un organe judiciaire compétent. De plus, l'impérativité d'une norme est évaluée au regard de contrats conclus entre particuliers, qui possèdent une subjectivité juridique toute autre que celle des Etats en droit international.<sup>158</sup> Finalement, il revient au juge de déterminer en dernière instance la nullité des contrats en conflit avec les normes impératives. Dans les ordres internes, la compétence juridictionnelle n'est pas soumise à son acceptation préalable par les sujets, les individus étant obligés d'accepter les décisions des tribunaux ; la situation n'est pas comparable au sein du système international, où le recours aux instances judiciaires est

---

<sup>156</sup> CHRISTENSON, Gordon A., «Jus cogens: Guarding Interests Fundamental to International Society», *Virginia Journal of International Law*, vol. 28, 1988, p. 643. Et: «*It is clear, then, that the genesis of the jus cogens concept rests on what must be considered fundamental intellectual confusion. It is derived from rules limiting the freedom of subjects of law in legal systems in which the authority to determine such rules is undisputed; the subjects of law cannot escape the court's control; these subjects have in any case considerable incentive to submit themselves to the rules applied by the courts...The concept is to be applied, however, in an international system in which none of those circumstances are present.*», WEISBURD, Mark A., «The Emptiness of the Concept of *Jus Cogens*, as illustrated by the War in Bosnia-Herzegovina», *Michigan Journal of International Law*, vol. 17, 1995-1996, p. 27, voir Egalement, DANILENKO, Gennady M., « International Jus Cogens: Issues of Law-Making », *European Journal of International Law*, vol. 42, n°2, 1991, p. 44.

<sup>157</sup> «...in a domestic system, the courts can provide a single authoritative view of the public policy of the system; in the international system, in contrast, the degree of centralization is less than in any developed domestic legal system, which no single institution's view of public policy being determinative.», WEISBURD, Mark A., «The Emptiness of the Concept of *Jus Cogens*,...», p. 25

<sup>158</sup> «...sovereign States differ from private parties who choose their own advantage in the context of possibly overriding public interest determined by public authority.», CHRISTENSON, Gordon A., «Jus cogens: Guarding Interests...», p. 599

relativement rare et dépendant du consentement des Etats. Toutefois, soulignons que la réalité d'un ordre public ne doit pas être évaluée en fonction de la présence d'une structure hiérarchique et de pouvoirs centralisés de création et d'application du droit. Il sera en effet défini et façonné par les spécificités du système juridique, dont il constitue le plafond normatif.

L'ordre public en droit international a été assimilé au *jus cogens*, mais la conception dominante est celle qui comprend l'ordre public comme un ensemble plus large de normes supérieures, exprimant les valeurs fondamentales de la communauté internationale et visant à protéger les principes et les normes nécessaires à la cohésion et au maintien de celle-ci.<sup>159</sup> Le *jus cogens* ne serait que l'expression juridique de cet ordre public caractérisé par son indérogabilité. Cette acceptation de l'existence de certaines normes d'ordre public reflète les transformations subies par le droit international: un ordre de coexistence et de coopération devient impossible sans la reconnaissance de normes indérogables, dotées d'une normativité renforcée. Hersch Lauterpacht, alors Rapporteur spécial à la Commission du droit international écrivit dans son rapport en 1953 que la nullité d'un accord résulte de « *the inconsistency with such overriding principles of international law which may be regarded as constituting principles of international public policy* ». <sup>160</sup>

Il est intéressant de souligner que Robert Kolb distingue quatre types de *jus cogens*, dont le *jus cogens* d'ordre public. Selon lui, cette catégorie est celle qui est prévue par l'article 53 de la *Convention de Vienne*, et vise « *les normes fondamentales pour la communauté internationale* », telles que les interdictions du génocide, de l'esclavage, de la torture ou de l'agression armée. Il sépare cette catégorie du *jus cogens d'utilitas publica*, qui peut concerner des normes autres que celles qui reflètent « *les valeurs communautaires et éthiques fondamentales* ». Il cite notamment les règles relatives au fonctionnement des organismes internationaux, ces dernières sont impératives, mais ne relèvent pas de l'ordre public.<sup>161</sup> C'est à ce niveau que l'on peut considérer qu'ordre public et *jus cogens* ne se recouvrent pas. Les effets attribués aux normes impératives, et notamment leur indérogabilité, peuvent trouver application dans des domaines étrangers à l'ordre public, mais dont les normes jouent néanmoins un rôle structurel important.

---

<sup>159</sup> KOLB, Robert, *Le Jus cogens international...* pp. 68-70

<sup>160</sup> Cité par WHITEMAN, Marjorie M., « Jus cogens in International Law with a Projected List », *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 7, 1977, p. 617

<sup>161</sup> KOLB, Robert, « Conflits entre normes de « jus cogens » », in *Droits du pouvoir, pouvoir du droit : mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 487-488. Il cite en outre le *jus cogens* issu de la *Charte des Nations Unis* et les normes qui sont indérogables en raison de leur structure logique, comme le principe *pacta sunt servanda*.

Certaines opinions individuelles et dissidentes offrent quelques exemples de cas où l'existence d'un réel ordre public international a été reconnue. Le juge Schücking a soutenu l'idée que:

« Jamais, la Cour n'appliquerait une convention dont le contenu serait contraire aux bonnes mœurs ; (...) C'est l'idée d'un ordre public international qui (...) doit déterminer l'attitude du juge (...). »<sup>162</sup>

Quant au juge Moreno Quintana, il accepta que le droit des gens possédât un ordre public international:

« Certains principes généraux du droit des gens et les droits fondamentaux des Etats, dont le respect est indispensable pour permettre la coexistence juridiques des unités politiques qui composent la communauté internationale (...) Ces principes (...) ont un caractère impératif et une portée universelle. »<sup>163</sup>

Il faut désormais retracer le développement et l'intégration du *jus cogens* en droit international. Pour ce faire, nous procéderons dans un premier temps à un examen succinct de la doctrine, en présentant les avis tant des défenseurs du *jus cogens*, que de ses opposants, voire de ses négateurs.

### **b. Apparition d'un réel *jus cogens* international**

Le *Pacte de la Société des Nations*, conclu après la Première Guerre mondiale, peut être conçu comme la première matérialisation de l'idée d'ordre public international, en permettant le début de l'institutionnalisation de la vie internationale, par la création d'une organisation (quasi)-universelle. La doctrine élaborée depuis cette époque jusqu'à l'adoption de la *Convention de Vienne* ne sera pas abordée de manière extensive, mais il sera uniquement mis en lumière la réflexion de quelques auteurs importants.

« Le *jus cogens* en tant qu'ensemble de normes impératives limitant la liberté contractuelle des parties existe non seulement en droit interne mais également en droit international ; il ne peut pas ne pas exister, sinon le droit international ne serait pas un ordre juridique. »<sup>164</sup>

Le XIX<sup>ème</sup> siècle et le début du XX<sup>ème</sup> connaissant déjà le concept de normes impératives, qui apparaissent dans les projets de codes de droit international, qui stipulaient que les traités devaient avoir un objet licite et possible et, que les conventions contraires aux lois de l'humanité et aux principes nécessaires du droit international seraient nuls.<sup>165</sup> Les premiers apports doctrinaux sont surtout attachés à la licéité de l'objet du traité, objet qui ne doit pas être contraire aux bonnes

---

<sup>162</sup> Opinion dissidente du juge Schücking, *Affaire Oscar Chinn*, Recueil C.P.J.I Séries A/B, arrêt du 12 décembre 1934, pp. 149-150, voir **Annexe VI. A. 1. d.**

<sup>163</sup> Opinion individuelle du juge Moreno Quintana, *Affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs*, Pays-Bas v. Suède, C.I.J Recueil 1958, arrêt du 28 novembre 1958, p. 106, voir **Annexe VI. A. 1. e.**

<sup>164</sup> MAREK, Krystyna, « Contribution à l'étude du *jus cogens* en droit international », in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, 1968, p. 458

<sup>165</sup> FIORE, Pasquale, *Le droit international codifié et sa sanction juridique*, Paris, Pedone, 1911, traduit de l'italien par Ch. Antoine et *Le droit international codifié* par Bluntschli, traduit de l'allemand par C. Lardy, 5<sup>ème</sup> Ed., Paris, F. Alcan, 1895.

mœurs ou à la moralité internationale. La question des effets juridiques et de l'indérogeabilité des normes impératives ne seront développés qu'ultérieurement.

Alfred Von Verdross fut sans aucun doute le plus grand promoteur du *jus cogens* international. Dès les années 1930, le Professeur Verdross admit que les Etats n'étaient pas libres de conclure de traités sur n'importe quelle matière. Selon ses dires, il était certains traités, qui devaient être frappés de nullité en raison de leur contenu intrinsèque, soit parce qu'ils prescrivaient une obligation contraire à une norme du droit des gens, soit parce qu'ils stipulaient quelque chose d'impossible à réaliser ou de moralement prohibé. Il insista sur les fondations morales et jusnaturalistes des normes de *jus cogens*. Il entreprit de classer les normes impératives, entraînant la nullité d'une convention qui y déroge. Il cita les normes impératives de droit international coutumier (liberté en haute mer, annexion *terra nullius*, le droit de passage inoffensif) et les normes prohibitives contraires aux bonnes mœurs.<sup>166</sup> Relativement à cette deuxième catégorie, le Professeur pensait probablement aux traités pouvant empêcher un gouvernement de s'acquitter des devoirs imposés à tout Etat souverain. Dans un article suivant, il ajouta que les traités affectant les droits des Etats tiers devaient être également considérés comme nuls. Finalement, les normes créées dans un but humanitaire et certaines règles de la *Charte des Nations Unies*, comme l'interdiction du recours à la force, appartenaient au *jus cogens*, car elles furent édictées dans l'intérêt commun de l'humanité.<sup>167</sup>

Plusieurs grands internationalistes ont également adhéré à l'idée que tout accord, conclu entre des Etats et qui possède un contenu illicite, ne peut produire d'effets juridiques.<sup>168</sup> Ces traités sont en conséquence nuls *ab initio*. Les auteurs qui ont admis l'existence du *jus cogens* ne sont pas issus uniquement du courant influencé par le droit naturel; certains représentants de la littérature soviétique « anti-droit-naturel » ont été des fervents défenseurs du concept. Citons le Professeur Tunkin: « *La nécessité des principes et normes impératifs est apparue et s'est renforcée avec l'extension des relations internationales.* » Ce dernier a cependant mis l'accent sur le caractère

---

<sup>166</sup> VERDROSS, Alfred, « Forbidden Treaties... », pp. 571 et suivantes. Friedrich August Von Der Heydte reconnut également l'existence de certaines normes indérogeables, que ce soit par traité ou par coutume. Il cite les normes nécessaires à tout ordre juridique, celles nécessaires aux relations entre Etats et les normes protégeant les intérêts fondamentaux de la société internationale. Cité par HANNIKAINEN, Lauri, *Peremptory norms (jus cogens) in international law: historical development, criteria, present status*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus, Finnish Lawyers' Publishing Co., 1988, p. 130.

Wright écrivit déjà en 1917, qu'il existait des normes objectives de droit international, ayant une application universelle et permanente, in WRIGHT, Quincy, « Conflicts between International Law and Treaties », *American Journal of International Law*, vol. 11, 1917

<sup>167</sup> VERDROSS, Alfred, « Jus Dispositivum and Jus cogens... », pp. 57-60

<sup>168</sup> Parmi eux, Oppenheim, Lauterpacht, McNair, Dahm, Virally, Quadri, Miaja de la Muela

positif des normes impératives, devant être le fruit d'un accord entre les Etats.<sup>169</sup> Les penseurs issus de l'idéologie socialiste ont principalement considéré les principes de coexistence pacifique, et notamment l'égalité souveraine et la non-intervention dans les affaires intérieures, comme relevant du *jus cogens*. De plus, les traités menant à l'établissement de relations inégales ou coloniales doivent être également frappés de nullité au regard de ces conceptions.<sup>170</sup>

D'autres auteurs ont fait preuve de plus de prudence par rapport au *jus cogens* international, hésitant quant à la possibilité de limiter la liberté contractuelle des Etats. Paul Guggenheim, qui après avoir nié l'existence de normes pouvant entraîner la nullité d'un traité dont le contenu serait contraire à la moralité, se rangea par la suite du côté de ceux qui considérèrent qu'il est impossible de concevoir un ordre juridique composé uniquement de normes dispositives.<sup>171</sup> Un cheminement similaire fut réalisé par Charles Rousseau ou Hans Kelsen, qui furent réticents à accepter l'existence du *jus cogens*, mais qui en conçurent la possibilité.<sup>172</sup> Kelsen convint que le principe de droit international général relatif à liberté en haute mer devait entraîner la nullité de tout accord permettant aux Etats de s'approprier une partie de celle-ci.

Quelques juristes dépasseront la position dubitative, jusqu'à nier l'existence même du *jus cogens*. Ils se fondaient sur le constat que le système international, étant donné son niveau de développement et de son degré d'organisation, ne pouvait connaître de normes indérogeables, et encore moins d'ordre public. Par exemple, Von Liszt affirma que « *le droit international est un droit dispositif* »; pour Sereni: « *il n'existe aucune norme conventionnelle ou coutumière à laquelle on ne pourrait déroger* ».<sup>173</sup> Le plus grand opposant au *jus cogens* fut sans aucun doute Georg Schwarzenberger, qui a prétendu que toute transposition en droit international du *jus cogens* tel que conçu en droit interne était impossible, vu la sous-institutionnalisation de l'ordre juridique international:

---

<sup>169</sup> TUNKIN, Grigory, I., « Jus cogens in Contemporary International Law », *University of Toledo Law Review*, vol. 3, 1971, p. 110: « *If principles of jus cogens are created, just as other norms of international law, by the agreement of States, then they are completely distinct from the principles of public policy propagated by natural law doctrines.* »

<sup>170</sup> ALEXIDZE, Levan, « Legal nature of Jus cogens in contemporary international law », *RCADI*, vol. 172, 1981, p. 229. Ces deux auteurs sont cités en tant que reflet de la doctrine soviétique du droit international. Notons que les deux articles sont postérieurs à la *Convention de Vienne sur le droit des traités*.

<sup>171</sup> Voir GOMEZ, ROBLEDO, Antonio, « Le jus cogens international... », p. 76 et GUGGENHEIM, Paul, *Traité de droit international public*, 1<sup>ère</sup> Edition, Genève, Georg, 1953 Tome I. : « *L'appréciation de la moralité d'un traité conduit aisément à la réintroduction du droit naturel dans le droit des traités.* », pp. 57-58. Puis voir son opinion plus nuancée dans la seconde édition parue en 1967.

<sup>172</sup> « *No clear answer can be found in the traditional theory of international law to the question of whether jus cogens existed in international law.* », KELSEN, Hans, *Principles of International Law*, 2<sup>ème</sup> Edition, New-York, Rinehart, 1966, p. 483

<sup>173</sup> Voir GOMEZ, ROBLEDO, Antonio, « Le jus cogens international... », pp. 83-84

« *International law on the level of unorganised international society does not know of any rules of public policy. The explanation lies in the absence of any centre of government with overwhelming physical force and courts with compulsory jurisdiction to formulate rules akin to those of public policy on the national level.* »<sup>174</sup>

Pour le Professeur de l'Université de Londres, il ne pouvait y avoir de *jus cogens* sans la création d'institutions centralisées capables de définir et d'appliquer les normes impératives, ainsi que de sanctionner leurs violations; selon lui, l'Organisation des Nations Unies était trop faible et ne formait qu'un « quasi-ordre international ». L'apparition du *jus cogens* suppose assurément que la société internationale ait atteint un niveau de développement lui assurant un certain degré d'unité, lui permettant d'avoir des intérêts partagés et des valeurs collectives. Cependant, le manque d'institutionnalisation est un problème qui n'est pas strictement lié au *jus cogens* et à l'ordre public, mais à l'ensemble du droit international. L'existence d'une norme juridique ne dépend pas de son application effective ou de sa sanction. Par conséquent, l'existence de normes impératives n'est pas soumise à la présence des mécanismes autoritaires de formation du droit, ni à l'exercice d'une contrainte spéciale. Certes, l'effectivité pratique du *jus cogens* peut être contestée, mais aucun acteur international, ou presque, ne nie aujourd'hui l'existence des normes impératives. Cet argument est à nouveau fondé sur une analogie avec les systèmes domestiques, raisonnement qui ne doit être en aucun cas poussé trop en avant.

Il a été avancé la thèse selon laquelle, le fait que les créateurs des normes internationales soient simultanément les principaux destinataires de celles-ci, entraînait l'impossibilité de limiter la liberté des Etats par des normes impératives.<sup>175</sup> Les Etats ne sauraient s'imposer eux-mêmes des restrictions et garderaient un contrôle total sur le processus de création normative, étant donné l'absence d'un législateur supérieur. Cette vision se révèle être dépassée et correspond à une approche positiviste volontariste stricte, qui s'oppose à tout droit objectif s'imposant aux sujets, au delà de leur volonté. A nouveau, cette approche a trait au fonctionnement et au caractère opérationnel du *jus cogens*, plus qu'à sa réalité en droit international.

La problématique du *jus cogens* dans la doctrine a été l'objet de multiples débats, qui se sont passablement accélérés au cours la période suivant la Deuxième Guerre mondiale. Suite aux horreurs commises, un consensus émergea: les Etats ne devaient plus être libres d'agir comme bon

---

<sup>174</sup> SCHWARZENBERGER, Georg, « The Problems of International Public Politics », *Current Legal Problems*, vol. 18, 1965, p. 212; du même auteur, voir « International Jus Cogens », *Texas Law Review*, vol. 43, 1964-1965, p. 469: l'application d'un concept aussi vague que le *jus cogens* ne peut se faire qu'au détriment de la stabilité du système; SCHWELB, Egon, « Some Aspects of International Jus Cogens as Formulated by the International Law Commission », *American Journal of International Law*, vol. 61, 1967, pp. 946-975

<sup>175</sup> Notamment Triepel ou Jellinek.

leur semble. Une nouvelle ère relativement au développement des normes fondamentales se profila: une organisation fut établie, afin de former un gouvernement mondial ; les procès de Nuremberg et de Tokyo, attestent de la volonté de la communauté internationale, certes encore en devenir, de ne plus tolérer des actes affectant ses valeurs fondamentales et ses idéaux. Ceci fut subséquemment confirmé par l'organisation de conférences et l'adoption de textes et de projets par des organismes officiels et privés de droit international, qui traitent de la question des normes impératives.<sup>176</sup> De plus en plus d'internationalistes commencent alors à accepter l'existence de normes indérogeables, exprimant la volonté du corps social international, même si des divergences perdurent relativement au contenu de ces normes, à leur champ d'application et à leur source, ainsi qu'au manque de pratique étatique en la matière. Certaines normes sont désormais admises comme appartenant à un plafond normatif, notamment les interdictions de l'agression armée, du génocide et de l'esclavage. Cette phrase de Lord McNair, célèbre défenseur du *jus cogens* international, peut conclure cette section:

« Il est difficile d'imaginer une société dans laquelle la loi n'impose aucune limitation de contracter: il existe des règles de droit et des principes que les sujets de droit ne peuvent pas ignorer ou modifier par accords, ce sont les normes impératives ou normes d'ordre public. »<sup>177</sup>

### **c. Illustrations et applications avant 1969**<sup>178</sup>

Ayant pour objectif principal de démontrer que la *Convention de Vienne sur le droit des traités* n'a pas introduit un concept totalement nouveau en 1969, nous tenterons illustrer nos propos par des exemples tirés de la pratique étatique et de la jurisprudence, même si ceux-ci se sont révélés être rares:

« There are no instances, in international judicial or arbitral practice, of a treaty being declared void on account of illegality of its object. »<sup>179</sup>

#### *i. Jurisprudence internationale*

Soulignons que la notion de *jus cogens* est apparue relativement tôt, dans certains arrêts et opinions individuelles ou dissidentes développées devant des instances internationales. *L'affaire des Pêcheries dans l'Atlantique Nord* entre la Grande-Bretagne et les Etats-Unis offre probablement le premier exemple, où la question de la limitation de la liberté contractuelle des

---

<sup>176</sup> Voir les *Travaux de la Commission du droit international sur le droit des traités* qui commencèrent en 1963, son *travail sur la responsabilité internationale des Etats* et le *Projet de Code sur les Crimes contre la Paix et la Sécurité de l'Humanité*, ACIDI, documents de la 6<sup>ème</sup> session, vol. II, 1954, pp. 112-122.

Dans le domaine privé, citons la *Harvard Draft Convention sur le droit des Traités* (1935), les *Travaux de l'International Law Association* dès 1956, les *Conférences de la Dotation Carnegie* à Menton (1965) et Lagonissi (1966).

<sup>177</sup> MACNAIR, Arnorld Ducan, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, 789 p. 213. Il cite les normes protégeant les intérêts collectifs de la société internationale et les normes visant au maintien de la moralité internationale, comme l'interdiction de la piraterie.

<sup>178</sup> Voir **Annexes VI. A.**

<sup>179</sup> Sir Hersch Lauterpacht, *Yearbook of the International Law Commission*, 1953, vol. II, p. 155

Etats a été abordée. Les Etats-Unis soutenaient en effet les Etats ne pouvaient renoncer par convention à ce que leurs nationaux pêchent en haute mer, car cela aurait été contraire au *jus cogens*. La Cour Permanente d'Arbitrage ne se prononça finalement pas sur l'existence de normes impératives en droit international.<sup>180</sup>

La Cour permanente de Justice internationale a appliqué de façon intéressante le mécanisme généré par les normes de *jus cogens* dans l'*affaire des Droits des Minorités en Haute Silésie*. Selon elle, certaines dispositions d'une Convention de 1922 signée entre l'Allemagne et la Pologne ne pouvaient être modifiées par les parties contractantes, car « *elles constituent une catégorie à part de dispositions relatives à la protection des minorités, et les dispositions ultérieures convenues entre les Parties contractantes ne peuvent les modifier ou y être contraires, diminuant ainsi la protection prévue* ». Par la même, la Cour reconnut l'indérogeabilité de certaines de ces dispositions:

« (...) aucune loi, aucun règlement ni aucune action officielle ne soient en contradiction ou en opposition avec ces stipulations, et (...) aucune loi, aucun règlement, aucune action officielle ne prévalent contre elles. »<sup>181</sup>

Il s'agit d'un exemple significatif de l'aspect opérationnel de l'indérogeabilité en droit international. Le juge Anzilotti délimita les contours du *jus cogens* dans une opinion individuelle accompagnant l'Avis de la Cour Permanente de Justice internationale sur le régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche. Selon lui, « *l'article 88 du Traité de St-Germain n'a pas été adopté dans l'intérêt de l'Autriche, mais dans un intérêt général européen* », ce qui eut pour effet de créer certaines obligations spécifiques pour l'Autriche. L'idée de l'existence d'un ordre public, certes géographiquement limité, sous-tend la position du juge italien.<sup>182</sup>

Une prise de position individuelle, mais extrêmement caractéristique, est constituée par l'opinion du juge Schücking dans l'*affaire Oscar Chinn*.<sup>183</sup> Le terme *jus cogens* fut expressément mentionné et sa sanction, à savoir la nullité absolue des actes contraires, fut également posée.<sup>184</sup> Il fut reconnu que la liberté contractuelle des Etats n'était pas absolue. Toutefois, la démonstration juridique de l'existence de normes impératives en droit international positif n'est pas encore clairement

---

<sup>180</sup> *Affaire des Pêcheries des côtes septentrionales de l'Atlantique*, Etats-Unis v. Grande-Bretagne, Cour Permanente d'Arbitrage, Sentence Arbitrale du 7 septembre 1910

<sup>181</sup> *Affaire des droits des Minorités en Haute-Silésie, (Ecoles Minoritaires)*, Pologne v. Allemagne, Recueil C.P.J.I. 1928, Série A, jugement du 26 avril 1928, pp. 30-31

<sup>182</sup> Opinion individuelle du juge Anzilotti, *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche*, Avis consultatif, Recueil C.P.J.I., Série A/B, Avis du 5 décembre 1931, p 57

<sup>183</sup> Voir également l'Opinion dissidente du juge Schücking dans l'*affaire du Vapeur Wimbledon*, **Annexe VI. A. 1. c.**

<sup>184</sup> Opinion individuelle du juge Schücking, *Affaire Oscar Chinn*, Recueil C.P.J.I. Série A/B, arrêt du 12 décembre 1934, pp. 149-150. **Voir Annexe VI. A. 1. d.**

formulée. Notons également que dans certaines affaires, la réalité des normes impératives de droit international a été niée de façon catégorique: « *Par un traité les Etats peuvent stipuler ce qu'ils veulent; leur liberté est illimitée; ils n'ont pas à craindre l'arbitraire, puisqu'ils n'assument alors que des obligations auxquelles ils ont même consenti* ». <sup>185</sup>

Un des premières prises de position de la Cour internationale de Justice, relativement à la problématique des normes fondamentales, fut celle qu'elle adopta dans son *Avis consultatif relatif aux Réserves à la Convention sur la prévention et la répression du crime de Génocide*. Plus encore que dans l'*affaire du Détroit de Corfou*, où la Cour a reconnu l'existence de « *principes généraux et bien reconnus, tels que les considérations élémentaires d'humanité* », <sup>186</sup> la Cour opta pour une approche plus claire dans son célèbre avis de 1951. Les principes qui sont à la base de la Convention sont considérés comme « *des principes reconnus par toutes les nations civilisées, et ceci même en dehors de tout lien conventionnel* ». De surcroît, la Cour affirma que la Convention sur le Génocide a été désirée tant par l'Assemblée générale des Nations Unies, que par les parties contractantes, comme une convention à portée universelle: « *...les Etats contractants n'ont pas d'intérêts propres: ils ont seulement tous et chacun un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la Convention* ». <sup>187</sup> La Cour reconnut l'existence d'un ordre public international et alla même au-delà, en abordant la question des critères d'identification des normes fondamentales: celles-ci doivent incarner un intérêt commun à la communauté internationale et doivent assumer une portée universelle. Elles relèvent du droit international général et leurs effets débordent du cadre conventionnel. Elles doivent constituer une limite fondamentale à la souveraineté des Etats. Certes, la Cour anticipa un débat qui continue de nos jours, à savoir la question de la distinction entre normes de *jus cogens* et obligations *erga omnes*.

Les *affaires du Sud-ouest Africain* ont apporté un éclairage nouveau sur cette problématique. La Cour hésita entre plusieurs approches, pour finalement adopter une conception très restrictive en 1966. <sup>188</sup> Elle soutint à cette occasion qu'en droit international, « *ne peut être reconnu valable (...)*

---

<sup>185</sup> M. Logo, représentant de la Suisse, *Affaire des Zones franches de la Haute Savoie et du Pays de Gex*, Recueil C.P.J.I. 1928, Séries C, Discours prononcés devant la Cour, Partie II, p. 163

<sup>186</sup> *Affaire du Détroit de Corfou*, Royaume-Uni v. Albanie, Recueil C.I.J 1949, Fond, arrêt du 9 avril 1949, p. 22. Les considérations élémentaires d'humanité constituent une notion plus ancienne, qui date du XIXème siècle et qui fut énoncé par de Martens lors de la Déclaration de Saint Petersburg de 1968, *Déclaration à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre. Saint Petersburg*, 11 décembre 1868.

<sup>187</sup> *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Avis consultatif, Recueil C.I.J 1951, 28 mai 1951, p. 23

<sup>188</sup> Dans son Avis consultatif du 11 juillet 1950, la Cour a affirmé que le « *Le Mandat a été créé, dans l'intérêt des habitants du Territoire et de l'humanité en général, comme une institution internationale à laquelle était assigné un*

*un intérêt ne se rattachant pas directement à un droit subjectif. (...) ces droits ou intérêts juridiques ne sauraient exister que s'ils ont été clairement conférés à ceux qui les revendiquent par un texte, un instrument ou une règle de droit*». <sup>189</sup> La nature d'une norme n'a aucun effet sur le droit d'un Etat de soulever sa violation devant la Cour, s'il n'est pas partie au différent. Cependant, les opinions dissidentes des juges Jessup et Padilla Nervo sont instructives, quant à l'acceptation de certains principes fondamentaux auxquels on ne peut opposer des dispositions de traités antérieurs. <sup>190</sup> De ce fait, chaque Etat aurait un intérêt à s'opposer à toute violation de telles normes ou de tels standards. <sup>191</sup>

La CIJ ne mentionne pas expressément le *jus cogens*, mais ces illustrations confirment l'adhésion à l'idée d'un ordre public international et à l'existence de règles absolues, ne pouvant être soumises à des dérogations. Il est vrai que la Cour a fait preuve de beaucoup de prudence dans son évocation et son appréciation du *jus cogens*:

*«Without attempting to enter into, still less pronounce upon any question of jus cogens, it is well understood that, in practice, rules of international law can, by agreement, be derogated from in particular cases or as between particular parties (...).»* <sup>192</sup>

Dans ces différentes affaires, les juges se sont référés à des normes conventionnelles ou coutumières, au *jus cogens*, à l'ordre public international, aux bonnes mœurs, aux principes fondamentaux, à une conception initiale des obligations *erga omnes*, dans le but de soutenir le caractère impératif de certaines normes, qui ont pour effet d'interdire toute dérogation. Certes, la distinction entre ces notions n'est pas réalisée de manière évidente et leurs effets juridiques ne sont

---

*but international: une mission sacrée de civilisation.* », *Statut international du Sud-ouest Africain*, Recueil C.I.J 1950, Avis consultatif de la Cour internationale de Justice du 11 juillet 1950, p. 132. Eric Suy voit dans ce passage la reconnaissance du caractère d'ordre public international de l'institution du mandat, SUY, Erik, *Rapport sur le Jus cogens...*, p. 78

<sup>189</sup> *Affaires du Sud-ouest Africain*, Ethiopie v. Afrique du Sud/ Libéria v. Afrique du Sud, 2<sup>ème</sup> phase, fond, Recueil C.I.J 1966, 18 juillet 1966, p.32, § 44

<sup>190</sup> Opinion du juge Padilla Nervo en 1966, p. 443. : « *J'ai voté contre la décision de la Cour, car je suis convaincu qu'il a été établi de façon indiscutable que les demandeurs ont un droit ou intérêt juridique au regard de l'objet des demandes, à savoir l'accomplissement par le Mandataire de la mission sacrée de civilisation, qui doit résulter de l'exécution des obligations énoncées à l'article 22 du Pacte de la Société des Nations et dans le Mandat pour le Sud Ouest africain allemand.* »

<sup>191</sup> Opinions dissidentes, *Affaires du Sud-ouest Africain*, Ethiopie v. Afrique du Sud/ Libéria v. Afrique du Sud, 2<sup>ème</sup> phase, fond, Recueil C.I.J 1966, 18 juillet 1966, pp. 440-470 et voir **Annexe VI. A. 1. h.** également.

Voir aussi l'Opinion dissidente du juge Tanaka, p. 248: « *Lorsqu'un droit existe indépendamment de la volonté des Etats et que par suite, il ne peut être ni aboli ni modifié, pas même par la voie constitutionnelle, parce qu'il est profondément ancré dans la conscience de l'humanité et dans celle de tout homme raisonnable, on peut l'appeler un droit naturel par opposition au droit positif. Les constitutions de certains pays qualifient les droits de l'homme et les libertés fondamentales d'épithètes telles que inaliénables, sacrés, éternels, inviolables, etc. On peut en déduire que la garantie des droits de l'homme et des libertés fondamentales présente une importance supra-constitutionnelle. Si l'on est fondé à introduire en droit international un ius cogens (...), sorte de droit impératif par opposition au jus dispositivum susceptible de modification par voie d'accord entre les Etats, il n'y a pas de doute que l'on peut considérer le droit relatif à la protection des droits de l'homme comme relevant du jus cogens.* »

<sup>192</sup> *Affaire du Plateau Continental de la Mer du Nord*, République Fédérale d'Allemagne v. Danemark/Pays-Bas, Recueil C.I.J 1969, fond, arrêt du 20 février 1969, p. 42 et Opinions individuelles, **Annexe VI. A. 1. j.**

pas définis avec rigueur. L'indérogeabilité n'est que rarement mise en œuvre, l'élaboration des conséquences concrètes du *jus cogens* n'étant encore qu'au stade embryonnaire. Les juges, par leur opinions individuelles et dissidentes, ont fait néanmoins preuve de davantage de courage dans l'acceptation du *jus cogens*, les instances internationales ayant été réticentes à déclarer la nullité des accords dérogeatoires à une norme impérative. Le *jus cogens* et la question de l'indérogeabilité ne sont pas totalement absents de la jurisprudence internationale antérieure à l'adoption de la *Convention de Vienne*, même s'il est vrai que le point de vue des juges constitue plus un apport doctrinal que jurisprudentiel.

## ii. *Jurisprudence nationale*

Un premier exemple peut être trouvé dans un *Volksgesicht* allemand datant de 1940, qui délivra un jugement, selon lequel l'article 79 du *Traité de Versailles* était invalide en vertu de l'immoralité dudit traité. Celui-ci fut considéré comme nul, car il ne favorisait que les intérêts de la France.<sup>193</sup> En 1948 à Nuremberg, un tribunal militaire américain, dans l'*affaire re U.S. contre Alfred Krupp et al* admit que l'accord, ayant été signé entre le Gouvernement de Vichy et le gouvernement allemand nazi, qui permettait le travail forcé des prisonniers de guerre français dans les industries allemandes d'armement, était contraire à la *Convention de Genève de 1929 pour la protection des prisonniers de guerre*, notamment à son article 31§1.<sup>194</sup> Cet accord, même si le Tribunal ne put prouver son existence, aurait été frappé automatiquement de nullité, car il était contraire aux *bonos mores*.<sup>195</sup> Une autre occurrence intéressante est fournie par la *Voidvodship Court for the Voidvodship of Warsaw* dans l'*affaire re Koch*, en lien avec la section III des Régulations annexées à la *Convention IV de La Haye concernant les lois et les coutumes de la guerre sur terre*: « ...it constitutes *jus cogens*, i.e. it contains rules the application of which does not depend on the free discretion of any States». <sup>196</sup> Dans une décision rendue par la Cour suprême constitutionnelle de la République Fédérale d'Allemagne le 7 avril 1965, cette dernière considéra, en opposition avec les arguments des plaignants, que la norme invoquée n'avait pas le caractère impératif. En conséquence les Etats pouvaient y déroger par une convention. La Cour accepta l'existence d'un nombre limité de normes impératives de droit international, uniquement si celles-ci possédaient un

---

<sup>193</sup> Cité par, SZTUCKI, Jerzy, « Jus cogens and... », p. 23

<sup>194</sup> Article 31§1, du travail prohibé: « Les travaux fournis par les prisonniers de guerre n'auront aucun rapport direct avec les opérations de la guerre. En particulier, il est interdit d'employer des prisonniers à la fabrication et au transport d'armes ou de munitions de toute nature, ainsi qu'au transport de matériel destiné à des unités combattantes. » **La partie III. C.** reviendrons sur l'indérogeabilité du droit des conflits armés.

<sup>195</sup> *Etats-Unis v. Alfred Krupp von Bohlen und Halbach*, Trials of War criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law N°10, vol. IX, 31 juillet 1948, p. 1395

<sup>196</sup> Cité dans *International Law Review*, vol. 30, 1966, p. 303

caractère coutumier.<sup>197</sup> D'une manière plus claire et progressiste que les instances internationales, les cours nationales ont employé le terme *jus cogens* et ont osé en déduire les conséquences juridiques en cas de conclusion d'accords y dérogeant, à savoir leur nullité.

### *iii. Traités*

Dans cette section, il sera fait mention de certains traités multilatéraux qui contiennent des dispositions, par lesquelles les Etats se sont engagés à ne pas conclure d'accords particuliers contraires aux obligations contenues dans ceux-ci ou qui interdisent la possibilité d'y déroger. Il n'est pas certain que ces clauses consacrent le caractère impératif de l'ensemble de la convention concernée ou de certaines de ces dispositions, mais néanmoins en soulignent l'importance, légale ou symbolique.<sup>198</sup> D'autres traités consacrent, dans une certaine mesure, des principes d'ordre public international, dans le sens où ils permettent une intervention à tous les Etats parties, en cas de violation d'une ou plusieurs de leurs dispositions, sans avoir à prouver qu'ils ont un intérêt direct ou qu'ils aient été affectés par la transgression.<sup>199</sup> L'article 62 du *Statut de la Cour internationale de Justice*, l'article 26 de la *Constitution de l'Organisation internationale du travail* ou encore l'article 24 de la *Convention européenne des droits de l'homme* sont des illustrations de ce droit d'*actio popularis* reconnu à tout Etat partie à un régime juridique, qui a pour fonction essentielle d'en préserver l'intégrité. Les *Conventions de Genève de 1949* constituent un exemple particulier d'interdiction de déroger : son article 51 énonce que les Etats parties ne peuvent se défaire unilatéralement de leur responsabilité en cas de violations graves et ne peuvent conclure des accords à cette fin. Finalement, l'article 6 des *Conventions de Genève I à III* et l'article 7 de la *Convention IV*, interdit tout accord spécial pouvant affecter négativement la situation des personnes protégées.

---

<sup>197</sup> Dans cette affaire, une entreprise suisse, ayant des intérêts en Allemagne, voulait se soustraire au paiement de certains impôts décrétés par le Gouvernement allemand, afin de constituer un fond pour les victimes de la guerre. L'entreprise alléguait alors qu'une Convention en vigueur entre les deux Etats, soumettant les ressortissants de chaque Etat de manière égale au paiement de quelconque impôt imposé à l'intérieur de chacune des parties, ne pouvait être appliquée en l'espèce, car elle violait une obligation de droit international général, en vertu de laquelle on ne peut contraindre des étrangers à contribuer à la solution d'obligations issues de la guerre. Voir **Annexe VI. A. 1. I.**

A ce sujet, il est intéressant de noter que des instances nationales ont rendu des jugements relatifs à la nullité de l'accord de Munich de 1938, dont *re Amato Narodni Podnik v. Julius Keilwerth Musikinszumentfabrik*, Cour du District de La Haye, 1956, cité par SZTUCKI, Jerzy, « Jus cogens and the... », p. 24. La nullité résultait du fait que les parties contractantes décidèrent de l'avenir de territoires appartenant à des Etats non-parties à l'accord susmentionné.

<sup>198</sup> Citons de manière non-exhaustive: l'article 20 du *Pacte de la SDN*, l'article 96 de l'*Acte anti-esclavagiste de Bruxelles de 1890*, l'article 20 de la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques de 1886*, l'article 10 du *Statut sur la liberté de transit de la Convention de Communication et de Transit de Barcelone (1921)*, ou encore l'article 82 de la *Convention sur l'Aviation civile de 1944*. Le chapitre consacré à l'article 103 de la *Charte des Nations Unies*, **Chapitre IV**, reviendra sur ce type de dispositions.

<sup>199</sup> Ce type d'obligations est communément appelé obligations *erga omnes partes*. La partie sur les fonctions du *jus cogens*, **D. 2. b.** traitera de la question des obligations *erga omnes*.

Ces dispositions interdisent aux Etats de déroger ou leur accordent un droit de réaction, mais ne présument en rien du caractère impératif de celles-ci et de la sanction qui découle de leur violation. En effet, la nullité qui entache la conclusion de tout accord contraire au *jus cogens*, n'est pas automatique, et d'autres sanctions peuvent être envisagées dans le cas d'une transgression à l'interdiction de déroger: responsabilité internationale pour violation d'obligations conventionnelles, droit de mettre fin au traité suite à sa violation, contre-mesures, etc.

#### *iv. Pratique étatique*

Les Etats ont rarement invoqué le *jus cogens* pour déclarer la nullité d'un accord. Il est arrivé que les Etats questionnent la validité d'un traité et exigent l'annulation de ses effets. Les occurrences de pratique étatique relatives à la validité des traités ou de la licéité de leur objet n'ont fait que peu référence à la compatibilité d'un accord avec une norme impérative. La nullité des traités a en effet été plus souvent soulevée par rapport à d'autres motifs, comme ceux de leur compatibilité avec des obligations découlant de la *Charte des Nations Unies*, de la question de traités affectant le droit des Etats tiers ou par rapport à la succession des traités dans le temps. Eric Suy mentionne à ce sujet le courant issu de la doctrine allemande et autrichienne entre les deux Guerres mondiales, qui contestait la validité du *Traité de Versailles*, car il aurait contenu des obligations immorales.<sup>200</sup> Un cas peut être toutefois mentionné: la validité d'un traité d'alliance anglo-égyptien conclu en 1936 fut remise en cause par l'Egypte en 1947 devant le Conseil de sécurité des Nations Unies, en raison de son incompatibilité avec les principes de la *Charte des Nations Unies* et plus spécialement, avec le principe d'égalité souveraine entre les Etats. Toutefois, le Conseil de sécurité ne prit aucune décision, quant aux conséquences juridiques devant découler d'un tel accord.<sup>201</sup>

Chypre tenta de contester devant le Conseil de sécurité la validité du *Traité de Garantie de 1960*, qu'elle avait signée avec la Grande-Bretagne, la Grèce et la Turquie. Par ce traité, les trois parties garantes s'étaient engagées à maintenir la souveraineté de Chypre et son ordre constitutionnel, en se réservant un droit unilatéral d'intervention armée, si cet ordre était menacé. Chypre déclara par la suite que cet accord était nul, car en contravention avec la norme impérative interdisant le recours à la force, ainsi qu'au principe d'interdiction d'ingérence dans les affaires intérieures. A nouveau, le Conseil de sécurité ne prit pas position relativement à la validité du traité.

---

<sup>200</sup> SUY, Erik, *Rapport sur le Jus cogens...*, p. 90. L'article 380 du *Traité de Versailles* aurait obligé l'Allemagne à violer ses devoirs d'Etat neutre et de violer les obligations d'un belligérant envers un Etat neutre.

<sup>201</sup> *The Treaty of Alliance Between His Majesty, in Respect of the United Kingdom, and His Majesty the King of Egypt*. L'Egypte voyait ce traité comme une atteinte à son indépendance souveraine.

A travers cet examen de la jurisprudence et de la pratique pré-Convention de Vienne, il peut être conclu que le concept du *jus cogens* formait une réalité juridique quelque peu floue en droit international avant 1969. Certes, la Convention a participé au développement progressif du droit, en tentant de préciser les contours de la notion. Les illustrations pratiques et jurisprudentielles demeurent rares, et le *jus cogens* apparaît majoritairement dans les opinions dissidentes et individuelles.<sup>202</sup> De plus, les affaires ne traitent pas, ou peu, de manière directe de la question des normes impératives et de leurs effets, les instances évitant de se prononcer sur la nullité potentielle d'un traité ou sur la qualité impérative d'une norme. Ces apports établissent néanmoins la reconnaissance de l'existence de normes indérogeables en droit international. Le phénomène et le mécanisme de l'indérogeabilité ne sont pourtant pas étudiés de façon systématique et rigoureuse et que sa mise en œuvre pratique rencontre beaucoup d'opposition.

La section suivante a pour visée de procéder à une analyse des normes impératives, telles qu'elles apparaissent dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités* et de saisir de quelle manière cette convention a permis de mieux cerner le phénomène du *jus cogens*, tout en laissant certaines incertitudes quant à son contenu matériel. **(B.1)** Dans un second temps, nous apprécierons que le *jus cogens*, comme toute catégorie juridique sous-tendue par l'idée d'indérogeabilité, a été l'objet de tentatives d'extension, tant au plan de son champ d'application que de ses effets, et ceci au-delà du cadre conventionnel dans lequel il fut originellement intégré. **(B.2)**. Cette constatation sera confrontée à des exemples concrets, afin de voir si le *jus cogens* s'est réellement libéré de son carcan initial.

---

<sup>202</sup> Sir Gerald Fitzmaurice reconnut que le concept de *jus cogens* « was touched upon in the work of certain writers, including McNair, but has not yet at all fully developed. », *Yearbook of the International Law Commission*, 1963, vol. I, p. 62

## ***B. Evolution du jus cogens avec l'adoption de la Convention de Vienne***

Afin d'examiner de manière approfondie des articles relatifs aux normes impératives de droit international général, il paraît important d'entreprendre en premier lieu un survol succinct des débats qui ont mené à l'adoption de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, le 23 mai 1969, instrument qui constitue la première consécration du *jus cogens* en droit international positif (a).<sup>203</sup> A partir de cette base, une étude détaillée des articles 53 et 64 de la Convention sera entreprise (b), afin d'en apprécier les lacunes et les défauts (c). La dernière partie sera consacrée à juger de la portée concrète du *jus cogens* dans le cadre du droit des traités (d).

### **1. Le jus cogens, tel que défini dans la CVDT**

#### **a. Historique, débats et travaux préparatoires**

Le problème spécifique relatif à la validité des traités internationaux remonte à l'année 1950, lorsque le représentant de la Colombie fit accepter le principe de bonne foi dans la *Charte des Nations Unies*, lors de la Conférence de San Francisco. Pour le Professeur Yepes, un des corollaires de la bonne foi était que les traités internationaux se devaient d'avoir un objet licite, et qu'à défaut de celui-ci, le traité ne pouvait être tenu pour valide.<sup>204</sup>

Le premier rapport de la Commission du droit international (ci-après CDI) contenant un article sur la question des normes impératives fut soumis en 1953 par Sir Hersch Lauterpacht, alors Rapporteur spécial pour le projet de la *Convention sur le droit des traités*. L'article 15 du rapport se lisait comme suit:<sup>205</sup>

« *Est nul tout traité ou toute disposition d'un traité dont l'exécution suppose un acte que le droit international considère comme illégal, lorsque cette situation a été constatée par la Cour internationale de Justice.* »

Sir Lauterpacht estimait que la liberté contractuelle des Etats était quasiment illimitée, mais que les accords conclus ne devaient néanmoins pas être incompatibles avec « *les principes supérieurs du droit international considérés comme étant les principes d'ordre public* » et avec ceux reflétant des règles de moralité internationale.<sup>206</sup> La Cour internationale de Justice fut perçue comme

---

<sup>203</sup> La Commission du droit international des Nations Unies a considéré dès sa première session en 1949 la possibilité de codifier le droit des traités, mais n'adopta un texte définitif qu'en 1966. La Conférence de Vienne, qui se déroula en deux sessions de mars 1968 à mai 1969, fut convoquée conformément à la *Résolution 2166 (XXI)* de l'Assemblée générale du 5 décembre 1966 et à la *Résolution 2287 (XXII)* du 6 décembre 1967.

<sup>204</sup> *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. I, 78ème Session

<sup>205</sup> Le premier Rapporteur spécial sur le droit des traités fut James Leslie Brierly, mais il ne traita pas de la question du *jus cogens*.

<sup>206</sup> A/CN.4/63 et *Yearbook of the International Law Commission*, 1956, vol. II, pp. 155-156. Hersch Lauterpacht donna comme exemples, l'interdiction de l'agression armée, de la piraterie, de l'esclavage et de la traite des esclaves.

l'autorité devant se prononcer sur la nullité de l'instrument contraire, car le recours à cette dernière aurait permis d'éviter un certain subjectivisme dans l'appréciation de la situation.

En 1958, le Rapporteur Fitzmaurice présenta à son tour son rapport où figurait l'article 16:

« 1. *The object of a treaty must be lawful (...) 2. It is essential to the validity of a treaty that it should be in conformity with or not contravene, or that its execution should not involve an infraction of those principles and rules of international law which are in the nature of jus cogens.* »<sup>207</sup>

Le rapporteur accorda une place dans son quatrième rapport au *jus cogens superveniens*, mentionné à l'article 21:

« *A treaty obligation the observance of which is incompatible with a new rule or prohibition of international law in the nature of jus cogens will justify (and require) non-observance of any treaty obligation involving such incompatibility (...).* »<sup>208</sup>

Lors de la XV<sup>ème</sup> session de la Commission, tenue à Genève en juillet 1963, Humphrey Waldock soumit son rapport, contenant l'article 13.<sup>209</sup> De nombreux débats se déroulèrent relativement à l'emploi du terme de *jus cogens*, perçu comme trop théorique, certains préférant la notion de normes impératives de droit international général, d'autres celle d'ordre public international ou encore, de principaux fondamentaux du droit. Cependant, il émergea un consensus entre les membres de la Commission sur le fait « *qu'une règle qui revêt le caractère de jus cogens est une règle à laquelle les Etats ne peuvent pas se soustraire et que pareilles règles existent* ». <sup>210</sup> La Commission adopta finalement le texte suivant:

« *Article 13: Traités incompatibles avec une norme impérative du droit international général (Jus cogens).- Est nul tout traité incompatible avec une norme impérative du droit international général à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère.* »<sup>211</sup>

Cet article devint l'article 50 dans le texte définitif adopté en 1966. Il fut décidé de ne pas donner d'exemples de normes revêtant ce caractère, la pratique et la jurisprudence subséquentes permettraient de déterminer les limites matérielles du *jus cogens*. Il fut soutenu que de soumettre une liste de normes impératives aurait pour impact de bloquer l'émergence de nouvelles normes de *jus cogens*, ce qui allait à l'encontre de la nature évolutive de celui-ci, telle que reflétée dans l'article 64 de la *Convention de Vienne*.<sup>212</sup>

---

<sup>207</sup> *Yearbook of the International Law Commission*, 1958, vol. II, p. 26. Gerald Fitzmaurice procéda à la distinction entre *jus dispositivum*, à savoir les normes que l'on peut modifier conventionnellement, et le *jus cogens*, règles impératives et obligatoires en toutes circonstances.

<sup>208</sup> *Annuaire de la Commission du droit international*, 1959, vol. II, p. 46

<sup>209</sup> Voir **Annexe VI. A. 2.**

<sup>210</sup> Grigory Tunkin, Représentant de l'Union Soviétique, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1963, vol. I, 685<sup>ème</sup> séance, § 28

<sup>211</sup> *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1963, vol. I, 717<sup>ème</sup> séance, § 20

<sup>212</sup> La Commission fit le commentaire suivant: « *Tout d'abord, l'énumération de certains cas de traités nuls pour incompatibilité avec une règle de jus cogens pourrait, quel que soit le soin avec lequel la clause serait rédigée,*

Au cours des débats ayant mené à l'adoption de la Convention, aussi bien au sein de la Commission du droit international, de la Sixième Commission de l'Assemblée générale, que lors de la Conférence de Vienne, il est possible de grouper les Etats en trois catégories, en fonction de l'attitude adoptée face au concept de *jus cogens*. La grande majorité des Etats était en faveur de l'introduction de l'article relatif au *jus cogens* dans la *CVDT*. Ces Etats étaient convaincus de l'existence de normes impératives en droit international, auxquelles aucune dérogation n'était admise, et ceci même s'il était difficile de définir précisément le contenu de celles-ci.

*« The existence of such rules was beyond dispute (...) States can not by treaty override those higher norms which were essential to the life of international community and were deeply rooted in the conscience of mankind. »*<sup>213</sup>

Le deuxième groupe appréhendait le fait que le *jus cogens* puisse donner lieu à de multiples abus et à des interprétations subjectives, au vu de l'absence d'une instance judiciaire internationale dotée d'une compétence obligatoire. Sans contester la nécessité de reconnaître l'existence des normes impératives, des représentants relevèrent d'une part, le manque de critères objectifs pour distinguer ces normes des règles dispositives et d'autre part, le risque que le *jus cogens* puisse être invoqué à mauvais escient, notamment à des fins politiques.<sup>214</sup> Ce problème fut partiellement résolu dans le texte final de la Convention à son article 66(a).<sup>215</sup>

Finalement, la dernière approche, notamment celle du Chili ou de la Turquie, consista en une violente critique relativement à l'introduction d'un article relatif sur le *jus cogens*. Le Luxembourg proposa même la suppression pure et simple des articles s'y référant:

*« The proposed clause, far from serving its purpose, is likely only to have the effect of creating uncertainty and confusion (...) in the present state of international relations it is not possible to define in juridical terms the substance of peremptory international law. »*<sup>216</sup>

---

*conduire à des malentendus quant à la position adoptée concernant les autres cas non mentionnés dans l'article. En second lieu, si la Commission devait tenter de rédiger, même en procédant à un certain choix, la liste des règles du droit international qui doivent être considérées comme ayant un caractère impératif, elle pourrait se trouver engagée dans une longue étude de questions qui débordent le cadre des présents articles. », Annuaire de la Commission du droit international, 1966, vol. II, p. 270*

<sup>213</sup> Représentant de l'Irak, M. Yasseen, UN Doc. A/CONF.39/11, §296

<sup>214</sup> Par exemple, la Grande-Bretagne considéra que la méthode adoptée par la Commission revenait à adopter un code pénal sans définir les crimes punissables, le concept du *jus cogens* n'étant pas encore assez développé en droit international, pour être introduit dans un instrument juridique. Voir, HANNIKAINEN, Lauri, *Peremptory norms (jus cogens) in international law...*, pp. 170-171

Le représentant japonais fit la déclaration suivante: « La délégation japonaise est fermement persuadée qu'il ne doit être permis à aucun Etat de recourir à l'article 50 sans accepter la juridiction obligatoire de la Cour. », A/CONF.39/11, p. 346, § 30. Dans ce sens, voir CHRISTENSON, Gordon A., «Jus Cogens: Guarding Interests Fundamental to International Society», *Virginia Journal of International Law*, vol. 28, 1987-1988, p. 591.

<sup>215</sup> « Toute partie à un différend concernant l'application ou l'interprétation des articles 64 peut, par une requête, le soumettre à la décision de la Cour internationale de Justice, à moins que les parties ne décident d'un commun accord de soumettre le différend à l'arbitrage. »

<sup>216</sup> Voir SCHWELB, Egon, «Some Aspects of International Jus cogens as formulated by the International Law Commission», *American Journal of International Law*, vol. 61, 1967, pp. 962-963

La France émit de multiples réserves quant à l'adoption de l'article, voyant dans le *jus cogens* un retour déguisé à la tradition du droit naturel. De plus, le manque de précision de la disposition constituait une menace à la stabilité des relations juridiques internationales:

*« Nul ne sera surpris si M. Hubert mentionne avant tout les dispositions concernant le jus cogens (...) propres à compromettre la stabilité nécessaire du droit conventionnel (...) même l'intervention de la Cour internationale de Justice ne saurait remédier à l'imprécision des textes. Celle-ci laissera au juge un pouvoir d'appréciation si vaste qu'il deviendra un véritable législateur international, ce qui n'est pas son rôle. »*<sup>217</sup>

De plus, la France craignait une remise en cause du principe de l'effet relatif des traités.<sup>218</sup> Elle fut d'ailleurs le seul pays à voter contre l'adoption de l'ensemble de la Convention.<sup>219</sup> Notons également que la Suisse estimait que le *jus cogens* n'était pas un instrument juridique nécessaire et que les traités conclus en contravention des exemples cités par la Commission dans son commentaire, tels que l'interdiction du génocide ou de l'esclavage, ne seraient jamais considérés comme licites. De plus, il paraissait totalement improbable que des Etats puissent s'accorder pour commettre un génocide ou une agression armée.

Lors de la Conférence de Vienne, des amendements furent proposés par les gouvernements concernant la problématique des sources des normes impératives.<sup>220</sup> L'amendement soumis par la Finlande, la Grèce et l'Espagne, selon lequel « *une norme impérative de droit international général est une norme qui doit être acceptée et reconnue par la communauté internationale dans son ensemble* », fut la seule retouche substantielle apportée à l'article 50 du projet d'articles.<sup>221</sup> Cette précision tendit à renforcer le caractère positif des normes de *jus cogens* et ainsi, faire taire les voix qui estimaient que l'introduction du *jus cogens* en droit international équivalait à un retour du droit naturel. L'article 50 fut approuvé le 1<sup>er</sup> mai 1969, par 87 voix pour, 8 voix contre et 12 abstentions et devint l'article 53 de la *Convention de Vienne*:

*« Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère. »*

<sup>217</sup> A/CONF.39/11/Add.1, p. 217, § 16

<sup>218</sup> Deleau explique que la France redoutait que l'on considérât par le truchement du *jus cogens* que certains traités multilatéraux puissent lier les Etats non-parties. Les craintes françaises se portaient plus spécialement sur le *Traité d'interdiction des tests nucléaires* auquel la France n'était pas partie. DELEAU, Olivier, « Les positions françaises à la conférence de Vienne sur le droit des traités », *Annuaire Français de Droit International*, 1969, pp. 7-23

<sup>219</sup> La Convention fut adoptée par 79 voix pour, 1 voix contre et 19 abstentions.

<sup>220</sup> Les Etats-Unis tentèrent de faire adopter un amendement visant à subordonner les règles de *jus cogens* à leur existence dans les principaux systèmes juridiques nationaux. Cette proposition fut rejetée, car elle aurait permis à tout Etat d'invoquer son droit domestique pour accepter ou rejeter une norme de *jus cogens*. Il revient à la communauté internationale en tant que telle de reconnaître les normes impératives. Voir, *UN Conference on the Law of Treaties*, 1968, Doc. A/6827/Add.2.

<sup>221</sup> A/CONF.39/C.1/L.306

Cet article contient une autre différence par rapport à l'article 50 du projet : le conflit entre la norme du *jus cogens* et le traité doit avoir lieu au moment de la conclusion de celui-ci. Le texte fait donc référence à un conflit entre un traité et une norme préexistante de *jus cogens*. Cette légère modification mit presque fin aux débats concernant le problème de la rétroactivité, mais la question de savoir si les articles 53 et 64 pouvaient être invoqués à l'encontre un traité conclu avant l'entrée en vigueur de la *Convention de Vienne*, en vertu du fait que ce traité aurait été contraire à une norme impérative existante au moment de sa conclusion, ne fut pas clairement résolue, et ne l'est toujours pas.

L'article 64, qui prévoit la possibilité de l'émergence de nouvelles normes impératives, (*jus cogens superveniens*) fut aussi approuvé:

« *Si une nouvelle norme impérative de droit international général survient, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin.* »

Cet article prouve à nouveau qu'il existait une volonté de la part des Etats de rompre avec la tradition jus naturaliste: le *jus cogens* n'est pas conçu comme une notion immuable, mais celle-ci peut et doit évoluer en fonction du développement de la communauté internationale, de ses mœurs et de ses exigences.

Par l'adoption de la *CVDT*, les Etats reconnurent de manière officielle qu'ils ne possédaient désormais plus une liberté contractuelle absolue, car un ensemble de normes supérieures, protégeant des principes vitaux et des valeurs collectives, dépassent leurs intérêts individuels et immédiats. Cependant, les articles 53 et 64 de la *Convention de Vienne* vont donner lieu à de nombreuses interprétations et soulever de multiples débats doctrinaux. Nous allons procéder à une analyse minutieuse des articles 53 et 64 et examiner ce qu'ils impliquent. L'objectif est de saisir si les termes de la disposition permettent des divergences de lecture, ou si celles-ci ne sont que le résultat de stratégies adoptées par l'autorité qui se prononce, dans le but d'atteindre des objectifs prédéfinis et réaliser son agenda.

## b. Les articles 53 et 64, termes et effets

« *Mystery of jus cogens remains a mystery.* »<sup>222</sup>

Parmi les causes d'invalidité des traités, la *Convention de Vienne* mentionne le cas d'un conflit entre un traité et une norme impérative de droit international général. L'article 53 aborde la question des conséquences juridiques issues de l'illicéité de l'objet d'un traité. Mais quelle est la signification qui se cache derrière la définition du *jus cogens* donnée par cette disposition? Il a été reproché à cet article de définir le *jus cogens* de manière tautologique et de n'apporter aucun critère permettant la détermination des normes impératives et de leur contenu.

« *It was a lofty concept but it was liable to jeopardise the stability of treaty law, which was a necessary safeguard in inter-state relations.* »<sup>223</sup>

La formulation de l'article 53 est le résultat issu d'un compromis fragile entre les tenants de l'approche du droit naturel, affirmant que certaines règles fondamentales sont issues de la raison ou de la nature et que, par conséquent, elles n'ont pas besoin d'être formellement adoptées pour constituer du droit, et les positivistes, qui exigent que toute règle juridique soit créée en conformité avec les procédures législatives officielles et reconnues, rejetant ainsi toute fusion entre le droit et la morale ou autres considérations extra-juridiques.

### i. Une norme impérative de droit international général

Une norme de *jus cogens* appartient au droit international général, c'est-à-dire qu'elle doit posséder une portée (quasi-)universelle, ou tout du moins, créer des droits et obligations pour une grande majorité d'Etats.<sup>224</sup> Le champ d'application des normes impératives soulève d'emblée la problématique de l'existence d'un *jus cogens* régional, qui pourrait être le fondement d'une communauté d'intérêts géographiquement limitée. Le caractère indérogable de ces normes ne vaudrait donc que pour un groupe restreint, les Etats tiers restant libres d'y déroger. Il est possible d'envisager un *jus cogens* liant un nombre limité d'Etats, mais en aucun cas, ces normes devraient contredire le *jus cogens* universel.<sup>225</sup> Le *jus cogens*, tel qu'envisagé dans la *Convention de Vienne*,

<sup>222</sup> SINCLAIR, Ian McTaggart, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2<sup>ème</sup> Edition Manchester/Dover, Manchester University Press, 1984, p. 224

<sup>223</sup> M. Hubert, Représentant de la France, *United Nations Treaty Records*, 1969, p. 203

<sup>224</sup> « *Le droit international général constitue l'ensemble des normes applicables à tous les Etats membres de la société internationale.* », GROSSE, Laurent, « Racines Historiques et Fondements contemporains... », p. 235

<sup>225</sup> La Cour et la Commission interaméricaines des droits de l'homme tendent à accepter l'idée d'un *jus cogens* régional. Voir à ce sujet, *Advisory Opinion OC-18/03, Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants, requested by the United Mexican States*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, 17 septembre 2003 et *Affaire Roach and Pinkerton v. Etats-Unis*, Commission interaméricaine des droits de l'homme, affaire n° 96-47, 1987, § 56. Ici, la Commission reconnaît l'existence d'une norme de *jus cogens* interdisant la peine de mort à l'encontre des mineurs et liant l'ensemble des Etats membres de l'OEA, y compris les Etats-Unis. Nous pouvons parler d'un *jus cogens inter partes*. Voir aussi, PELLET, Alain, « Comments in Response to Christine Chinkin and in Defense of *Jus Cogens* as the Best bastion against the Excesses of Fragmentation », *Finnish Yearbook of International Law*, vol. XVII,

sert des intérêts généraux communs, il doit par conséquent s'appliquer à tous les membres de la communauté internationale.<sup>226</sup>

Le terme impératif, quand il est associé au *jus cogens*, peut prêter à confusion, car toute norme impérative ne relève pas nécessairement du *jus cogens*.<sup>227</sup> Il est évident qu'un simple traité bilatéral ne peut créer du droit impératif, ses auteurs pouvant normalement y déroger par accord. La question d'un traité multilatéral est différente. Il est vrai que certains instruments incluent des dispositions expresses, interdisant ou permettant les dérogations, alors que d'autres n'insèrent pas ce type de clauses.<sup>228</sup> La *Convention de Vienne* prévoit la possibilité de modification des traités multilatéraux à son article 41. Deux ou plusieurs parties peuvent conclure un accord ayant pour objet de modifier le traité, mais ceci dans leurs relations uniquement. *A priori*, les normes posées par le traité multilatéral sont du type dispositif. Cette conception comporte toutefois des exceptions.<sup>229</sup> Il apparaît ainsi que dans tout traité de ce type, il existe un minimum de dispositions impératives, à savoir celles concernant l'objet et le but du traité, mais aussi que ces dispositions peuvent être étendues positivement de façon illimitée par la volonté des parties. La différence majeure entre impérativité et *jus cogens* est directement liée à l'indérogeabilité et à ses effets : toute dérogation à une norme de *jus cogens* est prohibée et en cas de transgression, la nullité de l'acte juridique contraire est engendrée. De même, un traité peut comporter une clause interdisant toute dérogation à celui-ci, ou à certaines de ses dispositions. Ces dispositions acquièrent alors un caractère impératif, mais uniquement entre les parties au traité. On peut alors parler d'un « *jus cogens conventionnel* », mais à nouveau, une dérogation à celui-ci, n'entraînera pas forcément la nullité des accords contraires.

---

2006, p. 89 : « *I am among those who think that regional jus cogens does exist- there is a European system of peremptory human rights which is certainly more elaborate and more demanding than the very loose network or cogens human rights at the world level- and that the passage at the regional level can be the entrance door for wider recognition.* »

<sup>226</sup> VIRALLY, Michel, « Réflexions sur le Jus cogens », *Annuaire Français de Droit International*, vol. 12, 1966, p. 13

<sup>227</sup> Rappelons qu'une norme impérative est « *une norme qui s'impose aux sujets de droit, de telle sorte qu'ils ne peuvent y déroger par des conventions contraires.* » Tiré de SALMON, Jean, (Dir.), *Dictionnaire de Droit International Public*,..., p. 754

<sup>228</sup> Sur cette question, voir le chapitre introductif (I) et le chapitre consacré à l'article 103 de la *Charte des Nations Unies* (IV).

<sup>229</sup> Les exceptions concernent la situation juridique des Etats parties au traité, qui ne peut être modifiée sans leur accord; elles concernent ensuite les dérogations qui seraient incompatibles avec l'objet et le but du traité; finalement, elles sont relatives aux cas où le traité lui-même interdit sa modification.

*ii. Acceptation et reconnaissance par la communauté internationale dans son ensemble*

L'exigence d'un double consentement par la communauté internationale dans son ensemble du caractère général, impératif et indérogeable de la norme est une référence aux procédures traditionnelles de création du droit international. La Convention a opté pour une approche duale: elle limite la capacité des Etats d'échapper aux normes fondamentales, mais en même temps, affirme que le *jus cogens* est basé sur leur consentement collectif. Cette ambiguïté résulte de la lutte entre deux conceptions divergentes du *jus cogens*: les positivistes qui exigent le consentement des Etats et la position jusnaturaliste, percevant les normes impératives comme des normes, échappant à la volonté et dont la nature dépend de leur objet et de leur contenu matériel. Ces termes sous-entendent qu'il existerait une communauté internationale d'Etats, dotée d'une conscience juridique propre et distincte de celle de ses membres.<sup>230</sup> L'article 53 reconnaît que les normes impératives ont une base consensuelle: une norme de *jus cogens* est créée par un accord réalisé entre tous, ou pratiquement tous les membres de la communauté internationale, qui « acceptent et reconnaissent » la dimension fondamentale du régime mis en place par la norme. Le consentement porte aussi bien sur l'objet de la norme, que sur ses effets et sa fonction. Cette opération est indépendante de l'accord de chaque Etat pris individuellement. Cette reconnaissance et cette acceptation peuvent se matérialiser sous la forme de mesures entreprises pour assurer la mise œuvre des normes, d'affirmation de la dimension impérative de celles-ci, de déclarations sur le caractère invalide, voire criminel, de certains actes ou de refus de reconnaissance de la licéité d'une situation.

Néanmoins, un élément reste inexpliqué, car c'est comme si « par magie » les principes qui sous-tendent les normes de *jus cogens* avaient été introduits en droit positif, par l'expression d'une volonté collective, pour ainsi dire inconnue jusqu'alors: peut-on réellement accepter l'existence d'une communauté internationale juridiquement et moralement liée qui, de par sa volonté, est capable d'imposer des règles, dont les Etats ne peuvent se départir arbitrairement et unilatéralement sans subir des conséquences spécifiques? Les contours précis de cette communauté internationale ne sont toujours pas définis et le contexte actuel de fragmentation du droit international impose de repenser cette notion : s'agit-il de la communauté des Etats, comme formulé à l'article 53, ou faut-il y ajouter l'ensemble des acteurs, organisations internationales, organisations non-gouvernementales, acteurs privés, individus, qui exercent une influence,

---

<sup>230</sup> Cette conception d'une communauté internationale est reprise dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités entre Organisations internationales et Organisations internationales et Etats*, *Yearbook of International Law Commission*, 1982, vol. II, Partie 2, p. 56, commentaire de l'article 53.

toujours plus marquée, sur le processus de création juridique ? Il est crucial de saisir la communauté internationale à la lumière de développements récents et la voir comme un réceptacle des aspirations, des désirs et des valeurs circulant au sein de l'arène internationale dans son acception la plus large, tout en ne sous-estimant pas les divergences existantes. Le terme de communauté, en tant qu'« *ensemble de personnes unies par des liens d'intérêts, des habitudes communes, des opinions ou des caractères communs* », est mal choisi, tant l'hétéroclisme est une caractéristique dominante de cette dernière.<sup>231</sup>

Il a été précisé que cette condition n'exigeait pas une unanimité au sein de la communauté internationale, mais qu'une très large majorité d'Etats était suffisante.<sup>232</sup> Le caractère impératif se doit d'être partagé et reconnu par toutes les composantes essentielles de la communauté internationale, issues de traditions politiques et idéologiques différentes, ce qui signifie concrètement la quasi-totalité des Etats.<sup>233</sup> La communauté internationale dans son ensemble pourrait par conséquent créer des normes liant tous les Etats, y compris les objecteurs persistants. Le rejet de l'hypothèse de l'objecteur persistant est justifié par le fait que les normes de *jus cogens* protègent des intérêts communautaires, qui transcendent les intérêts égoïstes des Etats.<sup>234</sup> Cette position a obtenu un large soutien de la part de la doctrine, les Etats étant plus réservés quant à l'idée d'être juridiquement soumis à une norme qu'ils n'ont pas acceptée.<sup>235</sup> Cependant, l'essence

---

<sup>231</sup> <http://www.larousse.com/en/dictionnaires/francais/communaut%C3%A9/17551>, consulté le 24 novembre 2011.

« *Hence the element which distinguishes a community from its components is a higher unity, as it was the representation and prioritization of common interests as against the egoistic interests of individuals. A mere society on the contrary does not presuppose more than factual contacts among a number of individuals.* », SIMMA, Bruno, « From bilateralism and community interest in international law », *RCADI*, vol. 250, 1994, p. 245

<sup>232</sup> « *There was no question of requiring a rule to be accepted and recognized as peremptory by all states. It would be enough if a very large majority did so; that would mean that, if one state in isolation refused to accept the peremptory character of a rule, or if that state is supported by a small number of states, the acceptance and recognition of the peremptory character of the rule by the international community as a whole would not be affected (...) no individual state should have the right of veto.* », remarque du Président du Comité chargé du Projet, M.K Yasseen, *Yearbook of International Law Commission*, 1966, vol. II, p. 257

<sup>233</sup> AGO, Roberto, « Droit des traités à la lumière de la *Convention de Vienne* », *RCADI*, vol. 134, 1971, p. 323. N'oublions pas que Roberto Ago s'exprime en plein contexte de Guerre froide.

<sup>234</sup> Nous n'aborderons pas la question de savoir si l'article 53 ne lie que les parties à la *Convention de Vienne* ou si celui-ci relève du droit international coutumier. Aucune réponse claire n'est fournie par la Convention. Cependant, comme précédemment souligné le *jus cogens* lie tous les Etats, et ceci même en l'absence de leur consentement. De plus, même si l'article 53 ne reflétait pas le droit coutumier au moment de l'adoption de la Convention, il a acquis ce caractère depuis lors. Il peut être donc affirmé que cet article s'applique aux Etats non-parties, mais nous avons un doute quant à son application aux traités conclus avant l'entrée en vigueur de la Convention.

<sup>235</sup> La France affirma lors de la Conférence de Vienne, que si la majorité pouvait créer des normes impératives qui pourraient être valides *erga omnes*, alors le résultat serait de créer une nouvelle source de droit qui ne serait sujette à aucun contrôle. Cité par DANILENKO, Gennady M., « International Jus cogens: Issues of Law-Making », *European Journal of International Law*, vol. 42, n°2, 1991, p. 55

La France a d'ailleurs voulu ajouté un amendement à l'article 53: « *Toutefois une telle norme n'est pas opposable à un Etat qui ne l'a pas acceptée expressément en tant que telle.* », in DELEAU, Olivier, « Les positions françaises à la conférence... », pp. 17-19, mais la proposition fut rejetée.

même du *jus cogens* est constituée par sa capacité à opérer envers tous les Etats et ce qui le différencie des autres normes coutumières ordinaires.<sup>236</sup>

L'attitude de l'Afrique du Sud face à la politique d'Apartheid peut servir à illustrer nos propos: malgré l'objection persistante de cette dernière au caractère impératif de l'interdiction de cette politique, la communauté internationale a constamment soutenu que cette prohibition existait et était opposable à tous les Etats. Il demeure que l'Afrique du Sud a pratiqué une politique de ségrégation raciale pendant de nombreuses années, ce qui peut mener à des interrogations sur le caractère opératoire des normes impératives et de leur efficacité juridique à l'encontre des Etats objecteurs.

### *iii. Caractère indérogeable, attribut ou effet ?*

L'article 53 stipule qu'une norme impérative ne peut être sujette à dérogation et ne peut être modifiée que par une norme de même nature. Une norme de *jus cogens* établit donc deux types d'obligations: l'obligation impérative d'adopter ou ne pas adopter un certain comportement et l'obligation d'indérogeabilité de ne pas conclure un accord dérogeatoire en conflit avec elle, sous peine de nullité.

Le *jus cogens* est décrit par cette indérogeabilité, ce qui a valu de nombreuses critiques à l'encontre de l'article 53: la définition donnée serait en effet purement tautologique. La dimension indérogeable représente, non pas un critère d'identification, mais l'effet spécifique d'une norme impérative, à savoir interdire la création de régimes juridiques dérogeatoires *inter se* sous peine de nullité. Selon les termes de la disposition, l'indérogeabilité serait un élément essentiel, permettant de distinguer une norme de droit international général ayant un statut normatif supérieur d'une norme ordinaire. Cependant, l'effet d'une norme constitue la conséquence de la qualité de celle-ci, et non sa cause. Il ne faut pas confondre une norme non-sujette à dérogation avec une norme de *jus cogens*. L'essence du *jus cogens* réside, non pas dans l'indérogeabilité de la norme, mais dans l'impossibilité pour les sujets de se soustraire à son application, car toute norme, impérative ou dispositive peut faire l'objet d'une dérogation, pourvu que ce soient les sujets qui l'ont créée qui y dérogent.<sup>237</sup> De même, l'indérogeabilité ne peut pas, à elle toute seule, justifier le caractère supérieur d'une norme, d'où la nécessité de trouver d'autres éléments d'identification, d'ordre formel ou matériel, opération rendue difficile par le refus de la Commission du droit international

---

<sup>236</sup> « (...) by accepting *jus cogens* states indeed reached an agreement on constitutional principles that peremptory norms bind all members of the international community notwithstanding their potential dissent.», DANILENKO, Gennady M., « International Jus cogens,... » p. 51

<sup>237</sup> GOMEZ, ROBLEDO, Antonio, « Le Jus cogens international ... », p. 90

de définir le *jus cogens* par son contenu. Le *jus cogens* n'est pas exclusivement une simple technique juridique, « visant à maintenir l'unité et l'intégrité d'un régime général, par l'interdiction de sa fragmentation en régimes particuliers ». <sup>238</sup> Le *jus cogens* en tant que phénomène juridique recouvre d'autres dimensions, cette indérogabilité technique ne formant que l'une d'entre elles.

Une norme de *jus cogens* ne tolère aucune fragmentation, et ceci par rapport à tous ses aspects: que ce soit relativement à son application à une situation concrète ou en général, à son interprétation, ou que la dérogation prenne une forme officielle ou non. Le *jus cogens* représente l'antimatière de la dérogation, en tant que non-application de la norme supplétive par la volonté des sujets de droit. <sup>239</sup> Notons que même si l'article tend à n'interdire que les dérogations par voie conventionnelle, le commentaire entrevoit de donner un sens plus large au terme dérogation: en effet, Mustafa Kamil Yasseen exprima l'opinion que l'interdiction de dérogation devrait également s'appliquer aux actes unilatéraux, l'indérogeabilité devant être prioritairement liée à la fonction de la norme et non à la forme de la dérogation. <sup>240</sup> La *Convention de Vienne* a choisi de définir le *jus cogens* par son effet, l'indérogeabilité, car il constitue le seul élément objectivement identifiable des normes de ce type, au vu des divergences persistantes concernant leur contenu matériel.

#### *iv. Sanction: la nullité de tout acte conventionnel contraire*

Conformément à l'article 53 de la *Convention de Vienne*, tout accord dérogoire à une norme de *jus cogens* est frappé de nullité. Il ne peut produire d'effets juridiques, et ceci dès sa conclusion, c'est-à-dire *ab initio*, car l'objet même de l'accord est illicite. De plus, le principe d'indivisibilité des clauses du traité est appliqué à ce cas de figure. <sup>241</sup> La nullité constitue une sanction particulièrement grave du fait internationalement illicite. <sup>242</sup> La violation de la majorité des normes internationales, les normes dispositives ou non-impératives, ainsi que le problème d'un éventuel conflit entre elles et les dispositions d'accords dérogoires *inter se*, affectant par exemple le droit

---

<sup>238</sup> KOLB, Robert, *Le Jus cogens international...*, p. 96. Voir *infra* **partie II. D. 5. b.**

<sup>239</sup> KOLB, Robert, « Jus cogens, intangibilité, intransgressibilité... », p. 323.

<sup>240</sup> *Yearbook of the International Law Commission*, 1963, vol. I, p. 292, § 31. La **Partie B. 2.** reviendra sur cet aspect. Orakelashvili mentionne que la dérogation peut prendre plusieurs formes: il peut s'agir du rejet de l'existence ou de l'applicabilité d'une norme dans une situation; de la reconnaissance de la validité d'une situation ou d'une action contraires au *jus cogens*; du rejet du caractère impératif de la norme. La dérogation peut être générale ou spécifique, formelle (dans un traité) ou informelle (par une attitude ou une interprétation) et peut survenir avant ou après une violation. ORAKHELASHVILI, Alexander, *Peremptory norms...*, pp. 75-77

<sup>241</sup> Article 44§5, *Convention de Vienne sur le droit des traités*

<sup>242</sup> Soulignons que la nullité peut sanctionner d'autres accords que ceux contraires à une norme de *jus cogens*. Verdross mentionne par exemple que les traités violant le droit des Etats tiers, les traités immoraux ou ceux dont l'objet est matériellement irréalisable ne peuvent produire d'effets juridiques. Cette nullité n'a pas forcément trait à la question du *jus cogens*. VERDROSS, Alfred, « Forbidden Treaties... », p. 574

des Etats tiers, peut engager la responsabilité internationale des Etats ayant conclu l'accord dérogatoire, mais n'entraînent pas automatiquement la nullité dudit accord.<sup>243</sup> Relativement au *jus cogens*, la nullité découle de l'importance des valeurs protégées par la norme. Déroger à une norme de *jus cogens* constitue un fait internationalement illicite revêtant un caractère particulier: en effet, ce fait est objectivement illicite, car il affecte des intérêts supposés être communs à l'ensemble de la communauté internationale. Le traité contraire ne peut devenir valide par la confirmation des parties. Cette illicéité peut donc être théoriquement invoquée par tout Etat, même les Etats, qui ne sont pas directement lésés. Cette possibilité est mentionnée à l'article 65 de la *Convention de Vienne*, certes de façon un peu restrictive, seuls les Etats parties au traité dérogatoire concerné pouvant invoquer la nullité.<sup>244</sup> Cette disposition a pour effet de limiter les effets du *jus cogens* au cadre conventionnel. Néanmoins, avec les tentatives d'extension des effets du *jus cogens* au-delà du carcan du droit des traités, l'invoque de l'illicéité d'un acte juridique contraire au *jus cogens* peut être soulevée par tout Etat.<sup>245</sup> Orakhelashvili soutient que cette dimension illicite objective est nécessaire au fonctionnement opérationnel du *jus cogens*.<sup>246</sup>

Le *jus cogens* entraîne la nullité absolue de tout traité en contradiction avec une des ses normes, ce qui empêche tout Etat de considérer une telle dérogation comme licite. L'Etat, ou les Etats, coupables d'avoir conclu un accord contraire à une norme impérative, doivent, en vertu de l'article 71 de la *CVDT*, effacer toutes les conséquences des actes exécutés sur la base de cet accord et rendre leurs relations compatibles avec ladite norme. Comme il pourra être saisi dans la seconde partie de cette section, il a été affirmé que toute dérogation, ceci quelque soit sa forme, est prohibée. Cette conséquence attribuée au *jus cogens* doit logiquement entraîner la nullité de tous les actes juridiques contraires, conventionnels ou non. En somme, la nullité absolue mènerait à la « *stérilisation juridique de tout ce qui constitue un outrage à l'ordre public* ». <sup>247</sup>

---

<sup>243</sup> Il s'agit d'un problème d'incompatibilité entre des normes dispositives: les accords dérogatoires ne sont pas frappés de nullité et produisent des effets entre les parties contractantes, qui restent liés par la norme générale dans leurs relations avec les Etats tiers.

<sup>244</sup> L'article 65 semble contredire la vocation du *jus cogens*, à savoir protéger des intérêts supérieurs et des valeurs fondamentales: peut-on imaginer que deux Etats, concluant un accord pour agresser un autre Etat, invoquent eux-mêmes la nullité de leur accord?

<sup>245</sup> Article 48.1 (b) des *Articles sur la Responsabilité internationale des Etats* : « 1. Conformément au paragraphe 2, tout Etat autre qu'un Etat lésé est en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre Etat, si :...  
b) L'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble. »

Voir ci-après **Partie B. 2. c. i.**

<sup>246</sup> ORAKHELASHVILI, Alexander, *Peremptory norms...*, p. 72

<sup>247</sup> GOMEZ, ROBLEDO, Antonio, « Le Jus cogens international ... », p. 139

v. *Evolution et modification des règles de jus cogens: une notion non immuable*

L'article 53 précise qu'une norme impérative peut être modifiée, mais uniquement par une norme possédant le même caractère et la même puissance normative. Cette possibilité tend à dissocier définitivement le *jus cogens* d'un droit naturel immuable. Il est certain que la possibilité d'entrevoir l'émergence de nouvelles règles impératives permet au droit de remplir sa fonction essentielle, à savoir de répondre aux besoins et aux attentes de la société qu'il régit.

« *It would be clearly wrong to regard even rules of jus cogens as immutable and incapable of modification in the light of future developments (...).* »<sup>248</sup>

Une norme impérative peut être modifiée de deux manières: soit on assiste à une expansion de sa portée, soit elle est abolie ou remplacée par une autre norme de *jus cogens*. L'article 53 n'explique pas de quelle manière une nouvelle norme de *jus cogens* peut être créée: quel niveau de généralité celle-ci doit atteindre pour acquérir cette force normative particulière? Il est vrai que la Commission du droit international a signalé que selon toute probabilité la modification devrait s'effectuer par voie de traité multilatéral, ce qui souligne encore une fois l'importance des positions classiques en la matière, le consentement des Etats étant requis. La Commission a également probablement ajouté cette remarque, afin de mettre en exergue le rôle accru des traités multilatéraux dans le développement du droit, mais il demeure qu'un acte conventionnel ne peut que difficilement créer du droit impératif *per se*.

Si tout acte juridique contraire à une norme de *jus cogens* est frappé de nullité, le *jus cogens* représente aussi un standard d'évaluation de la légalité des actes juridiques. Il devient extrêmement complexe de modifier ou d'abroger de telles normes, alors qu'il est concevable que son champ d'application puisse être étendu par la pratique des Etats ou par la jurisprudence. Cette opération équivaut à une sorte de dérogation « positive » et modifie la norme par l'ajout de nouveaux aspects.<sup>249</sup> Toute altération d'une norme de *jus cogens* doit être effectuée à travers l'expression de la volonté de la communauté internationale dans son ensemble.<sup>250</sup> Donc, il est

---

<sup>248</sup> *United Nations Report of the International Law Commission, 15th Session, May 1963*, reproduit dans *American Journal of International Law*, vol. 58, 1964, pp. 265-266

<sup>249</sup> Robert Kolb définit une dérogation négative comme l'opération qui consiste à rendre inapplicable un élément ou la totalité de la norme. La dérogation positive est celle qui ajoute quelque chose à la norme, comme une plus grande protection ou une augmentation des droits des personnes auxquelles s'adresse la norme, in KOLB, Robert, « Jus cogens, intangibilité, intransgressibilité... », p. 342. Notons néanmoins que Kolb fait une distinction entre la dérogation positive, valable entre certaines parties, et la modification, qui elle s'applique à toutes les parties au régime général. Dans le même sens, le Représentant de la Tanzanie à la Conférence de Vienne déclara: « *A rule of jus cogens could not be modified. New norms of jus cogens would, of course, emerge in the future, but they could only be added to the earlier norms and could never derogate from those in existence.* », cité par, SZTUCKI, Jerzy, « Jus cogens ... », p. 114.

<sup>250</sup> Il est à souligner que même si les Résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies ne sont pas acceptées comme juridiquement contraignantes, elles peuvent refléter l'*opinio juris* de la société internationale, et peuvent par conséquent jouer un rôle important dans la formation de nouvelles normes de *jus cogens*. De manière identique, un traité multilatéral, ratifié par une grande majorité d'Etats, peut refléter l'*opinio juris* de la communauté internationale

possible d'entrevoir la possibilité de l'émergence d'une nouvelle norme impérative. Ceci impliquerait que deux ou plusieurs Etats par leurs actes ou leurs omissions établiraient une pratique et auraient la conviction juridique d'agir selon le droit, et cela en dérogation à la norme impérative. Si cette pratique et cette conviction se généralisent à l'ensemble des Etats ou à une grande majorité d'entre eux, on peut envisager une modification de la norme ou même la perte de son caractère impératif. Toutefois, la probabilité que cette hypothèse se réalise est très rare, car si l'on se conforme au langage employé dans la *CVDT*, c'est *l'opinio juris* de l'ensemble de la communauté internationale qui devrait changer: tant que celle-ci est convaincue qu'il est interdit de déroger à la norme, aucune norme dérogatoire ne peut se former.<sup>251</sup>

Peut-on raisonnablement imaginer qu'un jour, les normes prohibant l'esclavage ou le génocide soient remplacées par de nouvelles normes impératives? Cette idée est difficilement concevable. Cependant, accorder au *jus cogens* un caractère dynamique et évolutif correspond à la volonté de la société internationale de renforcer sa solidarité par la mise en place de valeurs et intérêts communs. Le droit se doit de refléter la perception, par les sujets qui y sont soumis, de la légitimité de certaines règles reconnues comme juridiquement nécessaires à une période donnée. Cette perception change au gré des nouveaux défis et aspirations. Le droit international se doit également de s'adapter à ces développements, afin de préserver son rôle régulateur et remplir sa mission de manière efficace.

*vi. L'article 64, ou jus cogens superveniens: corollaire logique de l'article 53*

La problématique dite du *jus cogens superveniens* sera abordée ici. L'article 64 de la *Convention de Vienne* stipule:

*« Si une nouvelle norme impérative du droit international général survient, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin. »*

Cette disposition réaffirme que le *jus cogens* affecte les traités présents et passés et, éventuellement ceux à venir. L'article 64 ne fit face qu'à peu d'opposition lors de la conférence de codification, hormis quelques objections soulevées relativement à la question de l'émergence de nouvelles normes impératives.<sup>252</sup> Ce cas de figure est différent de celui exposé à l'article 53, ce qui explique que les deux articles ne soient pas situés dans la même section. En effet, le traité contraire ne sera pas frappé de nullité *ab initio*, mais il deviendra nul seulement à partir de la date

---

et donc, participé à l'émergence de nouvelles normes de *jus cogens*, comme l'a affirmé la Commission du droit international.

<sup>251</sup> Une norme de *jus cogens* général exclut la formation de normes coutumières locales, régionales ou bilatérales contraires.

<sup>252</sup> DELEAU, Olivier, « Les positions françaises à la conférence... », p. 17

d'émergence de la nouvelle norme. Il s'agit d'une nullité *ex tunc*, qui libère les parties de l'obligation d'exécuter le traité, mais ne porte pas atteinte aux situations créées par le traité avant que celui-ci n'ait pris fin.<sup>253</sup> De plus, contrairement à l'article 53, le principe de séparabilité des dispositions du traité est ici applicable.

La conception qui sous-tend l'article 64 est celle du droit inter-temporel, qui établit que tout acte juridique, ainsi que sa validité, doivent être appréciés selon le droit en vigueur au moment de sa naissance. Le droit international est en évolution permanente et doit répondre aux besoins sociétaux qu'il ambitionne de réguler.<sup>254</sup> Une interrogation demeure : le traité antérieurement conclu est-il alors abrogé par la nouvelle norme de droit international général ou devient-il nul? Comme il a été justement souligné, il s'agit bien d'une extinction du traité, et non de son abrogation, car l'abrogation n'exclut pas le maintien de régimes dérogatoires *inter se*. Par conséquent, le traité contraire à la nouvelle norme de *jus cogens* prend fin.<sup>255</sup>

Les articles 53 et 64 de la *Convention de Vienne* ne donnent que peu d'indications quant à la nature réelle du *jus cogens*, si ce n'est sur la conséquence issue d'une dérogation à ses normes. Il faut identifier les facteurs qui permettent à une norme d'acquérir un caractère impératif et les raisons qui expliquent son effet, à savoir, l'interdiction de toute dérogation sous peine de nullité. Avant d'aborder ces points qui permettront de comprendre quelles sont les fonctions de l'indérogeabilité, nous traiterons du problème délicat du contenu matériel du *jus cogens*, en mettant en lumière l'embarras des internationalistes relativement à cet aspect.

---

<sup>253</sup> Article 71, *Convention de Vienne sur le droit des traités*

<sup>254</sup> Idée exprimée par Max Huber dans l'*affaire de l'Île de Palmas*, 1928, Pays-Bas v. Etats-Unis d'Amérique, Sentence Arbitrale du 4 avril 1928, R.S.A., Vol. II, p. 845

Voir également *Affaire relative aux Minquiers et Ecréhous*, France v. Royaume-Uni, Recueil C.I.J 1953, Mémoire du Gouvernement Français, p. 375 et Opinion individuelle du juge Castro dans l'Avis consultatif relatif au *Sahara Occidental*, Recueil C.I.J 1975, Avis consultatif du 16 octobre 1975, p. 169

<sup>255</sup> DIACONU, Ion, *Contribution à l'étude du jus cogens...*, p. 124

### c. Incertitude du contenu matériel des normes de *jus cogens*

« Norms of *jus cogens* are a blend of principles and policy. On the one hand, they affirm the high principles of international law, which recognize the most important rights of the international order, such as the right to be free from aggression, genocide, torture and slavery and the right to self-determination; while, on the other hand, they give legal form to the most fundamental policies or goals of the international community, the prohibitions on aggression, genocide, torture and slavery and the advancement of self-determination. This explains why they enjoy a hierarchical superiority to other norms in the international legal order. »<sup>256</sup>

#### i. Echec dans la recherche d'une classification unitaire des normes de *jus cogens*

Les premiers auteurs qui se sont intéressés à la question des normes impératives ont tenté d'identifier les traités prohibés en droit international général, ceci en vertu de la licéité de leur objet. Le Professeur Verdross déclara en 1937 que quatre types de traités ne pouvaient produire d'effets juridiques, car ils étaient contraires aux bonnes mœurs ou menaçaient la coopération et les relations entre les membres d'une communauté. Il cita les traités prévenant les Etats de protéger leurs citoyens à l'intérieur des frontières ou à l'étranger, les traités les empêchant de se défendre contre une agression extérieure et de remplir leurs fonctions essentielles en tant qu'entités souveraines.<sup>257</sup> Par la suite, les différents Rapporteurs spéciaux chargés de la rédaction de la *Convention de Vienne* ont soumis des exemples de traités frappés de nullité en raison du caractère illicite de leur objet ou, parce que leur exécution impliquait une violation d'une règle de droit international relevant du *jus cogens*. Waldock identifia les conventions autorisant le recours à la force en violation de la *Charte des Nations Unies*, les actes ou omissions constituant un crime international, et les traités impliquant tout acte ou omission relativement à la suppression ou à la punition de l'obligation de tout Etat de coopérer en vertu du droit international.<sup>258</sup>

La Commission du droit international a finalement opté pour un critère formel d'identification des normes impératives. Toutefois, elle admit, dans son commentaire de la *Convention de Vienne*, qu'il existait certaines règles bien établies de *jus cogens*. A titre d'exemples, en précisant que cette liste n'était pas exhaustive et qu'elle évoluerait dans le temps, elle mentionna:

- « a) Un traité qui envisage un emploi illicite de la force contraire aux principes de la Charte;
- b) Un traité qui envisage l'exécution de tout autre acte constituant un crime au regard du droit international; et
- c) Un traité qui envisage ou tolère l'accomplissement d'actes tels que la traite des esclaves, la piraterie ou le génocide, à la répression desquels tout Etat est tenu de coopérer.

---

<sup>256</sup> Opinion individuelle du juge ad hoc Dugard, *Armed Activities on the territory of the Congo*, Democratic Republic of Congo v. Rwanda, Jurisdiction of the Court and admissibility of the application, Cour internationale de Justice, arrêt du 3 février 2006, p. 3, §10

<sup>257</sup> VERDROSS, Alfred, « Forbidden Treaties... », p. 574. Oppenheim lui aussi a défini quatre types de traités considérés comme nuls, voir note de bas de page 145.

<sup>258</sup> *Yearbook of the International Law Commission*, 1963, vol. II, p. 52

(..) comme autres exemples possibles, il a été question des traités qui violent les droits de l'homme, l'égalité des Etats ou le principe de l'autodétermination. »<sup>259</sup>

Au moment des débats sur l'adoption de la Convention, des divergences de vues existaient entre les pays occidentaux, les Etats issus de la décolonisation et ceux appartenant au bloc socialiste, relativement au contenu matériel des normes impératives. Ces opinions reflétaient les intérêts de ces groupes, qui plus est en pleine période de Guerre Froide.<sup>260</sup> La Conférence de Vienne a toutefois réussi à dégager deux ensembles normatifs revêtant le caractère impératif: d'une part, les articles capitaux de la *Charte des Nations Unies* concernant les intérêts vitaux de la communauté internationale en tant que telle – interdiction du recours à la force, règlement pacifique des différends et légitime défense - et d'autre part, les normes relatives à la protection des droits de l'homme fondamentaux et les principes cardinaux du droit international humanitaire. La jurisprudence de la CIJ a par la suite confirmé ces propositions dans certains de ses arrêts et avis consultatifs.<sup>261</sup> Lauri Hannikainen a lui aussi procédé à une classification des normes impératives qui tend à soutenir la position de la Commission:<sup>262</sup>

- a) les obligations nécessaires pour le maintien de la paix et de la sécurité internationale: interdiction du recours ou à la menace de l'emploi de la force en violation de la Charte des Nations Unies;
- b) le droit des peuples à l'auto-détermination;
- c) les normes impératives relatives à la protection des droits de l'homme et au droit des conflits armés;<sup>263</sup>
- d) les normes impératives régulant les espaces internationaux;
- e) les obligations dont les violations sont constitutives de crimes internationaux.

Cette liste est établie sur la base de deux critères: la dimension fondamentale des normes pour le maintien du système juridique et le fait qu'elles concernent et affectent l'ensemble de la

---

<sup>259</sup> *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II, Commentaire de l'article 50, p. 270

<sup>260</sup> Les Etats occidentaux étaient attachés aux notions d'interdiction du recours à la force et de protection des droits de l'homme. Les pays du Sud pensaient que le *jus cogens* pouvait être un instrument de changement, ils insistèrent sur les principes d'auto-détermination, de non-agression et de non-ingérence. Les Etats socialistes mirent l'accent sur les principes de coexistence pacifique, notamment les principes d'égalité souveraine et de non-intervention, in CHRISTENSON, Gordon A., «Jus cogens: Guarding Interests...», p. 595

<sup>261</sup> *Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Nicaragua v. Etats-Unis d'Amérique, Recueil C.I.J 1986, fond, arrêt du 27 juin, § 190: «... le droit de la Charte concernant l'interdiction de l'emploi de la force constitue en soi un exemple frappant d'une règle de droit international qui relève du jus cogens. » Voir également les Avis consultatifs suivants: *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Recueil C.I.J 1951, 28 mai 1951; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, C.I.J Recueil 1996, 8 juillet 1996; *Conséquences Juridiques de l'Edification d'un Mur dans le Territoire Palestinien Occupé*, Recueil C.I.J 2004, 9 juillet 2004

<sup>262</sup> HANNIKAINEN, Lauri, *Peremptory norms (jus cogens) in international law...*, Partie III de l'ouvrage. Alexidze établit également une classification des normes impératives qui correspond plus ou moins à celle d'Hannikainen, voir ALEXIDZE, Levan, « Legal nature of Jus cogens ... », p. 261

<sup>263</sup> Citons le droit à la vie, le droit à un traitement humain, l'interdiction du génocide, l'interdiction des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, interdiction de l'esclavage, interdiction de la discrimination raciale.

communauté internationale. Antonio Gomez Robledo mentionne la catégorisation progressiste et innovante du juriste colombien Caicedo Perdomo, qui distingua cinq ensembles de normes de *jus cogens*:<sup>264</sup>

- a) Les normes impératives relatives aux droits souverains des Etats et des peuples (égalité, intégrité territoriale, libre détermination des peuples);<sup>265</sup>
- b) les normes impératives nécessaires au maintien de la paix et de la sécurité internationales (interdiction du recours à la force, règlement pacifique des différends,...);
- c) les normes impératives relatives à la liberté de la volonté contractuelle et à l'inviolabilité des traités (*pacta sunt servanda*, bonne foi,...);
- d) les normes impératives relatives à la protection des droits de l'homme (liste très exhaustive fournie, incluant des droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels);
- e) les normes impératives relatives à l'usage des espaces terrestres et ultra-terrestres appartenant à la communauté internationale dans son ensemble (haute mer, patrimoine commun de l'humanité, espace extra-atmosphérique,...).

Il ressort qu'un consensus plus ou moins général existe sur le caractère impératif des prohibitions relatives à l'emploi de la force, à l'esclavage, au génocide, à la piraterie et à l'interdiction de la discrimination raciale. Au-delà de ce noyau dur, des désaccords persistent. Ces divergences sont plus que naturelles, au vu des différences qui existent encore de nos jours entre les Etats, au niveau politique, social et idéologique. Il revient aux Etats, en l'absence d'une instance dotée d'une compétence obligatoire, de définir quel est le contenu du *jus cogens* et cette tâche est souvent exécutée en fonction d'intérêts individuels et de stratégies interprétatives adaptées aux agendas respectifs. Plusieurs auteurs ont tenté de classer les normes de *jus cogens*, s'attachant soit à l'importance des valeurs protégées par celles-ci, soit à des critères d'ordre technique. Il est néanmoins nécessaire de se baser également sur l'attitude des Etats et autres sujets du droit international, pouvant témoigner de leur acceptation de la fondamentale de la norme et sur des preuves confirmant leur *opinio juris*, comme par exemple: les clauses incluses dans des traités interdisant les dérogations, la contestation ou la non-reconnaissance de la validité des instruments qui dérogent à certaines normes, la condamnation publique de certains actes, une activité

---

<sup>264</sup> GOMEZ, ROBLEDOS, Antonio, « Le jus cogens international... », pp. 173-174

<sup>265</sup> Des doutes ont été émis sur le caractère indérogable des droits souverains des Etats. En effet, chaque Etat peut limiter ces droits. Il est vrai que tout Etat est libre d'aliéner une part de son territoire ou de se créer en un nouvel Etat. Ceci a été confirmé dans l'*affaire du Vapeur Wimbledon*, Royaume-Uni/France/Japon v. Pologne, Recueil C.P.J.I. 1923, Séries A, 17 août 1923, p. 25

permanente afin d'assurer la mise en œuvre de ces dernières.<sup>266</sup> Il s'agit de procéder à une analyse au cas par cas, car « *There is not as yet any generally accepted criterion by which to identify a general rule of international law as having the character of jus cogens* ». <sup>267</sup>

Etant donné la difficulté d'atteindre un accord général sur ce point, les rédacteurs de la CVDT décidèrent de définir les normes de *jus cogens* par leur effet.

« (...) a large majority considered that the object of jus cogens rules was unsuitable as an operational and objective criterion for the determination of these rules. Instead the narrower and more ascertainable criterion of effect of the rules, proposed by the ILC, was generally considered more suitable. »<sup>268</sup>

Citons une classification des normes de *jus cogens* réalisée par R. McDonald qui semble particulièrement pertinente.<sup>269</sup> Premièrement, il distingue les anciennes normes de droit international, bien enracinées dans la conscience juridique; en effet, des accords remontant au XIX<sup>ème</sup> siècle traitent de ces domaines: interdictions de l'esclavage,<sup>270</sup> de la piraterie, de l'appropriation des océans et prohibition de la subjugation ou de la partition d'un Etat. Ensuite, il y a les règles qui ont émergé après la Deuxième Guerre mondiale: interdictions du génocide<sup>271</sup> et de l'emploi ou de la menace de l'emploi de la force, les principes cardinaux du droit des conflits armés et les principes relatifs aux espaces non-sujets à l'exercice de droits de propriété par les Etats. Finalement, les normes émergentes, considérées par beaucoup d'Etats comme indérogeables, qui ne revêtent pas encore l'habit du *jus cogens*. Les exemples cités sont devenus depuis, pour la plupart, des normes impératives: droit des peuples à l'auto-détermination, souveraineté sur les ressources naturelles, droits de l'homme fondamentaux. L'auteur a voulu démontrer que le *jus cogens* est un instrument qui évolue en fonction des mœurs, des attentes et des convictions profondes des membres de la communauté internationale. L'obligation relative à la protection de l'environnement, même s'il y a aujourd'hui encore un manque de pratique soutenant son caractère fondamental, sera sans nul doute un jour considérée comme une norme de *jus*

---

<sup>266</sup> DIACONU, Ion, *Contribution à l'étude du jus cogens* ..., p. 114

<sup>267</sup> Humphrey Waldock, *Yearbook of the International Law Commission*, 1963, vol. II, p. 52

<sup>268</sup> Cité par SZTUCKI, Jerzy, « Jus cogens ... », p. 88

<sup>269</sup> MACDONALD, Ronald St. John, « Fundamental Norms in Contemporary International Law », *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 25, 1987, pp. 132-133

Voir également le *Third Restatement of Foreign Relations Law*, 1987, Section 331(2): « *Est nul tout accord international qui au moment de sa conclusion est en conflit avec une norme impérative du droit international général* », et l'énumération des normes impératives qui suit.

<sup>270</sup> L'interdiction de la traite des esclaves trouve sa première consécration dans une déclaration faite au Congrès de Berlin de 1815, « *qualifiant ce commerce de répugnant aux principes d'humanité et de morale universelle* ». D'autres accords et traités vinrent confirmer l'interdiction, dont la *Convention de la Société des Nations de 1926 sur l'esclavage*, voir à ce sujet BARBERIS, Julio A., « La liberté de traiter des Etats et le Jus cogens », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 18, 1970, p. 34

<sup>271</sup> Confirmé par la Cour internationale de Justice dans son Avis consultatif sur les *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Recueil C.I.J 1951, 28 mai 1951 et les arrêts sur *l'Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de Génocide*.

*cogens*.<sup>272</sup> La dimension contingente du *jus cogens*, instrument à géométrie variable, rend donc impossible toute classification définitive et statique des normes impératives. Cette incertitude comporte néanmoins un risque:

« ...one of the major threats posed to the concept of *jus cogens* is the tendency by some of its most fervent supporters to see it everywhere...any excess in characterizing rules as peremptory ones, without carefully considering whether or not such characterization is shared by the international community, risks undermining the credibility of *jus cogens* as a legal category distinct from natural law and apt to perform important systemic functions. »<sup>273</sup>

L'impossibilité d'établir le contenu exact d'une catégorie juridique ne présume en rien de l'existence de cette catégorie en droit positif, mais comme l'a justement souligné le délégué britannique lors de la Conférence de Vienne, cela équivaut à établir un code pénal sans préciser quels sont les actes punissables.<sup>274</sup> Toutefois, Georges Abi-Saab avait certainement raison quand il a affirmé, que malgré que le *jus cogens* fût une boîte vide, il comportait une utilité, car sans l'existence de cette boîte, elle n'aurait pu être remplie.<sup>275</sup> L'objet de cette étude n'est pas de procéder à une analyse complète du contenu matériel des normes impératives, ceci ayant été entrepris par des nombreux auteurs, mais d'appréhender en quoi les critères d'ordre substantiel et technique, confortent ou non l'affirmation qu'une norme de *jus cogens* peut être cernée par son effet, à savoir l'indérogeabilité.

« Si le caractère spécifique d'une norme de *jus cogens*, au point de vue juridique tient au fait que tout acte particulier apportant une dérogation à ses dispositions est frappé de nullité, c'est ce caractère qui doit être établi, chaque fois qu'il est prétendu qu'une norme déterminée du droit international général en fait partie. »<sup>276</sup>

---

<sup>272</sup> Même si la Cour internationale de Justice s'abstint de se prononcer, l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros* souleva le débat. *Projet Gabcikovo-Nagymaros*, Hongrie v. Slovaquie, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J. 1997, arrêt du 25 septembre 1997.

<sup>273</sup> BIANCHI, Andrea, « Human Rights and the Magic of *Jus Cogens* », *European Journal of International Law*, vol. 19, N°3, 2008, pp. 506-507. L'auteur cite en illustration l'Avis consultatif de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants*, Advisory Opinion, Serie A, N°18, 2003, § 110. La Cour mentionne en effet les principes de non-discrimination, mais aussi d'égalité devant la loi et de protection égale devant la loi comme relevant du *jus cogens*. Voir également les Opinions N°1 du 11 janvier 1992, N°2 du 11 janvier 1992 et N°9 du 4 juillet 1992 de la Commission Badinter, dans lesquelles les droits des minorités sont reconnues comme des normes de *jus cogens* ; *Ahmed Ali Yusuf and Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Union and Commission of the European Communities*, Case T-306/01, jugement de la Chambre de première instance des Communautés européennes, 21 septembre 2005 : le droit à la propriété est dans cette affaire considéré comme une norme impérative ; le droit d'être amené devant un juge dans un délai raisonnable fut cité par le Tribunal Spécial pour le Liban, dans *Order Setting a time limit for filing of an application by the Prosecutor in accordance with rule 17(B) of the rules of procedure and evidence*, Pre-Trial Judge, 15 avril 2009, § 14 ; le principe *nullum crimen sine lege* se voit élevé au rang de norme de *jus cogens*, dans *Interlocutory Decision on the Applicable Law : Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging*, Special Tribunal For Lebanon, Appeals Chamber, décision du 16 février 2011, § 76. Au niveau doctrinal, voir CHARLESWORTH Hilary, CHINKIN, Christine, « The gender of *jus cogens* », *Human Rights Quarterly*, vol. 15, 1993, affirmant que le droit à l'égalité homme-femme est une norme de *jus cogens* et KEARNS, Anthony Paul. « The Right to food exists via customary law », *Suffolk Transnational Law Review*, vol. 22, 1998.

<sup>274</sup> A/CONF.39/11, p. 330, § 54. Et: « The vagueness of principles does not necessarily deprive them of their legal or even *jus cogens* character. », ORAKHELASHVILI, Alexander, *Peremptory norms...*, p. 41.

<sup>275</sup> ABI-SAAB, Georges, « The Third World and the Future of the International Legal Order », *Revue Egyptienne de Droit International*, vol. 29, 1973, p. 53

<sup>276</sup> VIRALLY, Michel, « Réflexions sur le *Jus cogens*... », p. 15

Les exemples fournis serviront à vérifier si d'autres critères que l'indérogeabilité importent pour déterminer quelles règles appartiennent au *jus cogens*. Nous nous baserons sur les valeurs et intérêts protégés par la norme, ainsi que sur des éléments procéduraux et de technique juridique.

## ii. Critères d'identification

*« C'est l'importance accordée à ces normes par la société internationale, l'intérêt qu'elles présentent pour toute la communauté des sujets de droit international. (...) Ce serait donc l'intérêt particulier de ce que présente la matière réglée par ces normes, l'importance attribuée aux rapports internationaux qu'elles régissent qui seraient déterminants. »<sup>277</sup>*

Indépendamment du fait que toute tentative de classer les normes de *jus cogens* est teintée de subjectivisme, et que ces listes peuvent mener à une certaine confusion, il semble nécessaire d'identifier les critères permettant d'identifier cette catégorie de norme, ou tout du moins, apporter des éléments soutenant leur caractère impératif. Les diverses théories du droit international ont des opinions spécifiques quant au contenu du *jus cogens*: les tenants du droit naturel limitent les normes impératives à certains principes immuables de justice; les volontaristes s'attachent aux normes que les Etats ont reconnues explicitement comme ne tolérant aucune dérogation. Finalement, les théories basées sur le concept de valeurs communautaires présentent des listes plus élaborées de normes censées évoluer en fonction de la société où elles opèrent : si la norme vise la protection d'une valeur partagée et que d'y déroger peut mener à détruire cette valeur, il y a alors une forte présomption d'impérativité.

### Valeurs et intérêts protégés par la norme

*« The essence of this character is its outstanding moral value for contemporary mankind, its progressive democratic nature as determined by the present stage of civilization resulting from objective economic and social factors. (...) This is the main difference between the Marxist-Leninist approach to the moral factor in law and the natural law school, the latter deducting these factors from the nature of human beings as such (...). »<sup>278</sup>*

Que l'on ait une approche influencée par les doctrines socialistes comme l'auteur cité ci-dessus ou, que l'on déduise les facteurs définissant les normes impératives des lois de la nature et donc, les rapprochant de l'idée d'un ordre public, le *jus cogens* constitue un véhicule de valeurs morales supposé exprimer la conscience juridique collective. Il est perçu comme un ensemble de normes hiérarchiquement supérieures qui reflètent la volonté de la communauté internationale et dont le respect est d'une importance vitale pour l'ensemble des membres de cette dernière, ainsi que pour sa cohésion. Une règle dont le respect bénéficie à l'ensemble de la communauté et qui vise la protection d'intérêts collectifs, dépassant donc les intérêts purement individuels des Etats, peut se

<sup>277</sup> DIACONU, Ion, *Contribution à l'étude du jus cogens...*, p. 113

<sup>278</sup> ALEXIDZE, Levan, « Legal nature of Jus... », p. 261

voir dotée d'un caractère impératif. Sont visées dans cette catégorie, les normes éthiques de grande importance, telles que la prohibition du génocide, de l'esclavage, de la traite des êtres humains, de la torture, le droit des peuples à l'auto-détermination, entre autres.

Cette multilatéralisation des intérêts protégés justifie que les Etats ne puissent disposer de ces règles *inter se*. Evidemment, cela sous-entend qu'il existe une réelle communauté internationale solidaire et liée par des valeurs communes.<sup>279</sup> On ne peut douter que l'apparition du *jus cogens* « dépend du niveau de développement historique de la société internationale capable de lui conférer une cohésion et une unité suffisante pour qu'un accord général se réalise entre ses membres sur quelques conceptions éthiques communes et qu'une prise de conscience d'intérêts communs devienne assez forte pour se faire contraignante ».<sup>280</sup>

L'importance axiologique de la norme pour l'ordre juridique international constitue le premier critère d'identification. Les normes de *jus cogens* protégeraient des valeurs éthiques et humaines fondamentales, incluant des considérations de moralité et de bon ordre.<sup>281</sup> Une question se pose alors: quelles sont ces valeurs? L'appréciation de celles-ci représente un exercice subjectif, même s'il est possible aujourd'hui de reconnaître que le maintien de la paix ou la protection de la dignité humaine forment des valeurs cardinales au sein de la société internationale. L'article 2 de la *Charte des Nations Unies* énumèrent certaines des préoccupations dominantes. Les normes qui protègent les droits des individus et promeuvent leur dignité sont souvent perçues comme relevant du *jus cogens* mais, toutes ces normes ne sont pas impératives pour autant. La protection de l'environnement est également devenue un thème récurrent, malgré que la *Déclaration de Stockholm de 1972* laisse aux Etats une certaine marge de manœuvre en matière de politiques environnementales, ne conférant pas encore un caractère impératif au droit de vivre dans un

---

<sup>279</sup> Dans l'Avis consultatif sur les *Réserves à la Convention sur le Génocide*, la CIJ affirma que: « Dans une telle convention, les États contractants n'ont pas d'intérêts propres; ils ont seulement tous et chacun, un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la Convention. Il en résulte que l'on ne saurait, pour une convention de ce type, parler d'avantages ou de désavantages individuels des États, non plus que d'un exact équilibre contractuel à maintenir entre les droits et les charges. La considération des fins supérieures de la Convention est, en vertu de la volonté commune des parties, le fondement et la mesure de toutes les dispositions qu'elle renferme. », p. 23. Chaque Etat a un intérêt propre à ce que cette Convention soit respectée, l'idée d'une communauté internationale à proprement parler n'est pas encore présente.

Voir également, VERDROSS, Alfred, « Jus Dispositivum and Jus cogens... », p. 58: « [Imperative norms of Jus Cogens] consists in the fact that they do not exist to satisfy the need of individual States but the higher interest of the whole international community. »

<sup>280</sup> GROSSE, Laurent, « Racines Historiques et Fondements contemporains... », p. 238

<sup>281</sup> « The concept of jus cogens is derived from a higher order of norms established in ancient times and which cannot be contravened by the laws of man or of nations. The norms of jus cogens have been described by public law specialists as those which encompass public international order. These are the rules that have been accepted, either explicitly in a treaty or tacitly by custom, as necessary to protect the public interest of the society of nations or to maintain levels of public morality recognized by them. », *Case of the Victims of the Tugboat "13 de Marzo" v. Cuba*, Report N° 47/96, Commission interaméricaine des droits de l'homme, Case 11.436, 16 octobre 1996, §79

environnement sain.<sup>282</sup> Le *jus cogens* donne un contenu juridique à des *policies* collectifs et joue le rôle de garant de ceux-ci. De plus, il permet une adaptation du système international à des exigences accrues issues d'une société internationale en constante évolution. « *Jus cogens embodies transcendent common good of the international community.* »<sup>283</sup> La norme de *jus cogens* n'est pas définie en fonction de sa forme, ni du processus par laquelle elle a été créée, mais au regard de la nature spécifique de son contenu matériel.<sup>284</sup>

### Critères techniques et procéduraux

L'introduction dans un traité international d'une clause expresse interdisant les dérogations à celui-ci ou à certaines de ses dispositions, peut former une preuve de l'intention des parties contractantes de lui/leur accorder un caractère impératif ou au moins une force normative supérieure. La même constatation peut être faite pour les dispositions abrogeant les stipulations ou accords contraires existants.<sup>285</sup> Les instruments internationaux en matière de protection des droits de l'homme contiennent, pour la plupart, l'interdiction de déroger à certains droits, ceci même en situation d'état d'urgence. La *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer* interdit, en vertu de son article 311§6, les dérogations « *au principe fondamental concernant le patrimoine commun de l'humanité énoncé à l'article 136 (...)* ». Contrairement à l'opinion d'Antonio Gomez Robledo, selon laquelle, « *Tous les préceptes, auxquels on ne peut absolument déroger sont porteurs de toute évidence de normes impératives, protectrices de la vie humaine dans sa structure et dignité fondamentale* »,<sup>286</sup> l'interdiction conventionnelle des dérogations n'est qu'un indice sur la nature de la norme, qui, de plus, n'est valable que pour les Etats liés par ladite convention. Un « *jus cogens inter partes* » est ainsi créé, mais celui-ci ne correspond pas au *jus cogens* universel que les rédacteurs de la *Convention de Vienne* avaient envisagé. L'interdiction de dérogation peut être sous-tendue par des raisons techniques ou fonctionnelles, mais cela ne présume en rien de la nature de la norme de manière définitive.

---

<sup>282</sup> « *States have (...) the sovereign right to exploit their own resources and to pursue their own environmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or areas beyond the limits of national jurisdiction.* », *Déclaration de Stockholm sur l'environnement humain*, 16 juin 1972, Principe 21. A ce sujet, voir la Sentence arbitrale dans l'*affaire du Trail Smelter*, Tribunal Arbitral américano-canadien, Sentence arbitrale du 11 mars 1941, Recueil de Sentences arbitrales internationales, vol. III, pp. 1905

<sup>283</sup> ORAKHELASHVILI, Alexander, *Peremptory norms...*, p. 47

<sup>284</sup> Rapports de la Commission du droit international, 17<sup>ème</sup> et 18<sup>ème</sup> session sur le droit des traités, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1966/Add.1, Annuaire de la Commission du droit international, vol. 2, 1966, p. 248.

<sup>285</sup> Article 20 du *Pacte de la Société des Nations*, Article 82 de la *Convention sur l'Aviation civile internationale* de 1944, entre autres. Voir **les Chapitres III. B et IV du travail.**

<sup>286</sup> GOMEZ, ROBLEDO, Antonio, « Le Jus cogens international ... », p. 182

Prenons un seul exemple: la liberté de religion constitue une valeur fondamentale de la société internationale contemporaine et pourrait relever de ce fait du *jus cogens*.<sup>287</sup> Cependant, la *Convention européenne des droits de l'homme* ne place pas cette liberté dans sa liste de droits indérogeables. Une norme pourrait donc être dérogeable et impérative à la fois, tout comme elle peut être indérogeable et non-impérative.<sup>288</sup> Finalement, certains traités en matière de protection de droits de l'homme ne comportent aucune clause relative aux dérogations, ce qui ne signifie pas qu'aucun des droits mentionnés n'appartiennent au *jus cogens*.<sup>289</sup> Il est essentiel de distinguer entre les normes conventionnellement indérogeables et la notion de dérogation propre au *jus cogens*.<sup>290</sup>

Le cas de l'article 103 de la *Charte des Nations Unies* est spécifique. Peut-on considérer, que cet article, qui octroie une primauté aux obligations issues de la Charte sur toute autre obligation conventionnelle internationale, a pour effet d'accorder à l'ensemble des dispositions de la Charte un statut de normes impératives? Nous ne le croyons pas. L'article 103 n'assume en rien de l'invalidité d'un traité contraire à la Charte, et encore moins de sa nullité. Cette disposition n'est en apparence qu'une clause de résolution de conflits de normes. Cependant, quelle serait alors la solution en cas de conflit entre une norme de *jus cogens* et une obligation découlant de la Charte? Des opinions ont soutenu que le *jus cogens* l'emporterait alors sur le droit de la Charte.<sup>291</sup>

---

<sup>287</sup> Opinion purement individuelle, la liberté de religion n'étant pas un principe reconnu dans toutes les sociétés. Toutefois, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et la *Convention interaméricaine des droits de l'homme* considèrent la liberté de religion comme un droit indérogeable.

<sup>288</sup> Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* mentionne, à son article 4, l'interdiction d'être emprisonné pour non-exécution d'une obligation contractuelle dans la liste des droits indérogeables. Il est difficile de considérer ce droit comme un droit relevant du *jus cogens*. La *Convention interaméricaine des droits de l'homme* mentionne à son article 17 les droits de la famille, comme des droits indérogeables, là encore, ces droits ne revêtent pas un caractère impératif.

Voir l'*Observation Générale N°29, Dérogations pendant un Etat d'urgence (article 4)*, adoptée par le Comité des droits de l'homme à sa 1950<sup>ème</sup> séance, le 24 juillet 2001, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 août 2001, § 22: « *The enumeration of non-derogable provisions in article 4 is related to, but not identical with, the question whether certain human rights obligations bear the nature of peremptory norms of international law. The proclamation of certain provisions of the Covenant as being of a non-derogable nature, in article 4, paragraph 2, is to be seen partly as recognition of the peremptory nature of some fundamental rights ensured in treaty form in the Covenant (e.g., articles 6 and 7). However, it is apparent that some other provisions of the Covenant were included in the list of non-derogable provisions because it can never become necessary to derogate from these rights during a state of emergency (e.g., articles 11 and 18). Furthermore, the category of peremptory norms extends beyond the list of non-derogable provisions as given in article 4, paragraph 2.* [Nous soulignons] *States parties may in no circumstances invoke article 4 of the Covenant as justification for acting in violation of humanitarian law or peremptory norms of international law, for instance by taking hostages, by imposing collective punishments, through arbitrary deprivations of liberty or by deviating from fundamental principles of fair trial, including the presumption of innocence.* »

<sup>289</sup> Par exemple, la *Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples*, adoptée le 27 juin 1981 à Nairobi

<sup>290</sup> Le **Chapitre III. B.** reviendra sur les droits de l'homme.

<sup>291</sup> « *Dans le jus cogens, la norme impérative relève d'une catégorie qui l'emporte à la fois sur le droit international coutumier et sur le droit conventionnel. La solution que l'article 103 de la Charte offre au Conseil de sécurité en cas de conflit entre une de ses décisions et une obligation conventionnelle en vigueur - du point de vue de la simple hiérarchie des normes - ne peut aller jusqu'au point où une résolution du Conseil de sécurité entrerait en conflit avec le jus cogens. D'ailleurs, il suffit de formuler la proposition inverse en disant qu'une résolution du Conseil de sécurité*

Toutefois, la Charte fournit une formulation concrète de certaines normes impératives sur lesquelles la quasi-totalité des Etats se sont mis d'accord.<sup>292</sup>

L'interdiction de faire des réserves à un traité peut être une présomption de la volonté des Etats contractants de conférer aux normes un caractère impératif, la réserve pouvant être vue comme établissant une sorte de régime dérogatoire spécifique entre l'Etat réservataire et l'Etat, ou les Etats, qui acceptent la réserve. Néanmoins, l'inclusion d'une disposition qui interdit les réserves à l'ensemble d'un traité ne signifie pas automatiquement que toutes ses dispositions soient impératives; il ne s'agit que d'une indication sur l'intention des Etats. Il est certes admis que les réserves qui vont à l'encontre de l'objet et du but d'une convention sont interdites.<sup>293</sup> En 1969 déjà, les juges Padilla, Nervo, Tanaka et Sorensen notèrent que toute réserve incompatible avec une norme impérative était invalide.<sup>294</sup> La prohibition de formuler des réserves existe donc, même en l'absence d'une clause expresse à cet effet, pour ce qui est des normes impératives, qui reflètent le plus souvent les objectifs fondamentaux d'un régime.<sup>295</sup>

La présence d'une clause de dénonciation (ou de retrait/suspension) dans un traité peut paraître *a priori* incompatible avec la proposition que le droit mis en place par ce traité relève du *jus cogens*. Néanmoins,

---

*pourrait même exiger une participation à un génocide - pour voir clairement qu'une telle proposition serait inacceptable.*», Opinion individuelle du juge Lauterpacht, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de Génocide*, Bosnie-Herzégovine v. Serbie-Monténégro, Ordonnance du 13 septembre 1993, Nouvelles demandes en indication de mesures conservatoires, C.I.J Recueil 1993, § 100

<sup>292</sup> Sur l'article 103, voir *infra*, **chapitre IV**.

<sup>293</sup> Article 19 (c) de la CVDT.

<sup>294</sup> *Affaire du Plateau Continental de la Mer du Nord*, République Fédérale d'Allemagne v. Danemark/Pays-Bas, Recueil C.I.J 1969, fond, arrêt du 20 février 1969, opinions dissidentes et séparées.

<sup>295</sup> Voir à ce sujet, *Advisory Opinion OC-3/83, Restrictions to the death penalty, articles 4(2) and 4(4) of the American Convention on human rights*, requested by the Inter-American Commission on Human Rights, 8 septembre 1983, § 61: « A reservation which was designed to enable a State to suspend any of the non-derogable fundamental rights must be deemed incompatible with the object and purpose of the Convention, and consequently, not permitted, by it. » Néanmoins, selon l'*Observation générale 24 du Comité des droits de l'homme*, un Etat peut formuler une réserve à une disposition conventionnelle indérogeable reflétant une norme de *jus cogens*, si la réserve n'est pas contraire à l'objet et au but du traité. Toutefois, l'*Observation générale* admet que les réserves ne peuvent violer le droit coutumier. La majorité du *jus cogens*, si ce n'est sa totalité, étant de nature coutumière, il devient complexe pour un Etat de faire une réserve à une clause conventionnelle reflétant une norme de *jus cogens*. Voir, *Observation Générale N°24, les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des Protocoles facultatifs s'y rapportant, adoptée par le Comité à sa 1382<sup>ème</sup> séance, cinquante-deuxième session le 2 novembre 1994*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, 11 novembre 1994, §§ 8-10

Et: «3.1.9 Reservations contrary to a rule of jus cogens: A reservation cannot exclude or modify the legal effect of a treaty in a manner contrary to a peremptory norm of general international law.», *Text of the draft guidelines constituting the Guide to Practice on Reservations to Treaties, with commentaries, as provisionally adopted by the International Law Commission*, disponible at,

[http://untreaty.un.org/ilc/sessions/62/GuidetoPracticeReservations\\_commentaries%28e%29.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/sessions/62/GuidetoPracticeReservations_commentaries%28e%29.pdf), consulté le 1 décembre 2011

« (...) it would be absurd to suggest that the denunciation of the Genocide Convention by a party could affect the prohibition of the crime of genocide by international law. »<sup>296</sup>

En effet, un Etat qui dénonce une convention se libère de ses obligations conventionnelles, notamment procédurales, mais reste lié par ses autres obligations en vertu du droit international général. La plupart des traités internationaux contiennent des procédures de dénonciation, et cela ne présume en rien du caractère des normes établies par ceux-ci.<sup>297</sup>

Un autre critère qui peut être employé pour fonder le caractère impératif d'une norme est la possibilité à la disposition de tout Etat de demander, voire même d'imposer, le respect et l'application de telles normes, notamment devant des instances internationales. Les normes de *jus cogens* possèdent un caractère *erga omnes*, ce qui signifie que tous les Etats ont un intérêt juridique à les voir observées. Toutefois, le *jus standi* des tiers n'est pas un critère déterminant, puisque toutes les normes *erga omnes* ne sont pas impératives.<sup>298</sup> Dans le même ordre d'idée, une disposition conventionnelle prévoyant la possibilité pour toute partie contractante d'introduire une procédure afin d'assurer le respect de la convention peut constituer un bon indicateur, mais à nouveau cela n'équivaut pas à reconnaître à toutes les dispositions un caractère impératif. La capacité des Etats tiers de demander l'application d'une norme, même en l'absence d'un intérêt direct, représente davantage une conséquence de la nature de la norme, qu'un critère d'identification formel.

L'ensemble des critères techniques et procéduraux, qui trouvent généralement leur expression dans des dispositions conventionnelles, ne forment que des éléments de preuve de l'impérativité de certaines normes de droit international, mais ne sont en aucun cas déterminants. Le nombre d'Etats parties à ces traités et la répétition au sein de fora internationaux de l'importance de ces principes peuvent venir renforcer la présomption d'impérativité. Il est à nouveau impossible d'établir un catalogue des normes impératives exclusivement sur la base de ces critères. Peut-on alors voir dans la sanction qui découle leur violation, un indice pouvant nous aider dans notre quête d'éclaircissement?

---

<sup>296</sup> SCHWELB, Egon, «Some Aspects of International Jus cogens,...p. 953

<sup>297</sup> Ceci est explicitement exprimé dans les Conventions de Genève de 1949, voir *Convention de Genève I pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, 12 août 1949, Article 63: « Chacune des Hautes Parties contractantes aura la faculté de dénoncer la présente Convention. (...)

al. 3 : *La dénonciation vaudra seulement à l'égard de la Puissance dénonçante. Elle n'aura aucun effet sur les obligations que les Parties au conflit demeureront tenues de remplir en vertu des principes du droit des gens tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique. »*

<sup>298</sup> Voir *infra* II. D. 2. b.

La recherche de critères, permettant de déterminer quelles règles appartiennent à la catégorie du *jus cogens*, mène à la conclusion qu'il est complexe de définir exactement le contenu des normes impératives, mais que certains éléments, relatifs aux valeurs protégées par celles-ci, ainsi que des critères d'ordre technique forment un ensemble d'indices sur leur caractère impératif. L'identification des normes de *jus cogens* est un exercice difficile et même s'il est orienté par quelques indicateurs objectifs, il demeure hautement subjectif. Ce manque de clarté n'équivaut pas pour autant à devoir assimiler le *jus cogens* à une coquille vide.

« Ce sont en effet souvent les imprécisions et les incertitudes dans les contours de la règle et de la norme, (...), qui en font parfois sa puissance et son utilité. »<sup>299</sup>

Les critères décrits permettent partiellement d'expliquer pour quelles raisons les normes de *jus cogens* sont dotées d'une indérogeabilité absolue entraînant la nullité. Une question reste cependant irrésolue: dans un ordre juridique dépourvu de pouvoirs centralisés, à qui revient la mission d'identifier ces normes et de trancher les différends susceptibles de survenir à leur sujet? Le *jus cogens* peut devenir un instrument dangereux s'il est manipulé et interprété de manière arbitraire et unilatérale, dans le but de promouvoir des intérêts égoïstes. La section suivante va en conséquence traiter du rôle des juges dans l'affinement et l'interprétation du concept de *jus cogens*, et l'application de celui-ci à des cas concrets.

#### **d. Application par les organes judiciaires et arbitraux: prudence et réticence**

##### *i. Rôle des juges dans l'appréciation et l'interprétation*

En refusant d'élaborer une liste de normes impératives de droit international général, la Commission du droit international a accordé au juge, ainsi qu'à la pratique des Etats, une fonction quasi-législative en la matière. Il revient en premier lieu à la communauté internationale d'accepter les normes impératives, prérogative qui lui a été attribuée par l'article 53 de la *Convention de Vienne*. Au regard de l'hétérogénéité de la société internationale et des doutes concernant l'existence d'une réelle communauté internationale, il paraît improbable qu'un consensus général se dégage de cette façon relativement au contenu du *jus cogens*. Par conséquent, l'article 66 (a) de la *CVDT* prévoit la possibilité de soumettre tout différend relatif à la validité d'un traité à la Cour internationale de Justice, si aucune solution n'est trouvée en vertu de la procédure décrite à l'article 65.<sup>300</sup> Les gouvernements, lors des débats à Vienne, insistèrent sur la nécessité d'établir

---

<sup>299</sup> TAVERNIER, Paul, «L'identification des règles fondamentales- un problème résolu?», in TOMUSCHAT, Christian, THOUVENIN, Jean-Marc, (Eds.), *The fundamental rules of the international legal order: "jus cogens" and obligations "erga omnes"*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, p. 19

<sup>300</sup> Notons que Hersch Lauterpacht proposa dans son rapport qu'un traité en conflit avec une norme impérative serait considéré comme nul uniquement si la Cour internationale de Justice ne le déclarât, voir *UN Doc. A/CN.4/SER.A/1953/Add.1*. La formulation ne fut pas adoptée. **Voir note de bas de page 205.**

des garanties judiciaires pour assurer la mise en œuvre impartiale de la Convention et ainsi, éviter des invocations unilatérales du *jus cogens*. Aucun différend relatif au *jus cogens* n'a été cependant soumis à la Cour sur la base de cet article et un grand nombre d'Etats ont formulé des réserves à l'article 66.

En l'absence d'un catalogue clair des normes de *jus cogens*, les juges se voient assignés une mission qui dépasse leurs compétences originelles, à savoir, déterminer quelles sont les normes qui véhiculent les valeurs fondamentales, issues de la conscience juridique de l'ensemble de la communauté internationale. Ils constatent l'existence des normes de *jus cogens*, mais participent simultanément à leur formation et leur développement. La CIJ s'est montrée extrêmement prudente face à la notion de *jus cogens* et dans l'affirmation de la supériorité normative des normes impératives sur les autres règles de droit international. Elle a préféré employer des périphrases, telle que normes intransgressibles ou principes cardinaux, pour éviter de mentionner le terme. Les instances internationales sont parfois trop timorées, quand il s'agit d'affirmer qu'une norme de droit international prime sur une autre et en déduire les conséquences correspondantes. Soutenir qu'une norme possède une autorité accrue remettrait en cause l'ensemble du droit international, tel qu'il a été édifié depuis des siècles, à savoir un ordre non-hiérarchique, dépourvu de pouvoirs centralisés et régulant les relations bilatérales entre des Etats, entités totalement libres et souveraines, « *the minimal law necessary to enable State- societies to act as closed systems internally and to act as territory-owners in relation to each other* ». <sup>301</sup>

Même si la réalité contemporaine ne correspond plus à cette vision, le droit international de coexistence devenant toujours plus un droit de coopération avec l'émergence d'intérêts partagés par les membres de la société internationale, l'introduction de la notion de norme indérogable s'oppose au principe d'équivalence normative ayant caractérisé jusqu'à encore récemment l'ordre juridique international. Elle ébranle de plus le postulat positiviste classique, qui selon Pierre-Marie Dupuy demeure justifié « *en ce que d'une manière ou d'une autre, le détour par la manifestation du consentement des souverainetés à la légalité des règles nouvelles reste indispensable à leur validité* ». <sup>302</sup> Il demeure qu'en soulignant, implicitement ou de manière expresse, le caractère fondamental d'une norme, le juge exprime sa conception de l'ordre juridique international et de son agencement. Le terme de *jus cogens* a été volontairement mis de côté, mais le langage employé dénote l'acceptation de l'existence des normes impératives.

---

<sup>301</sup> SIMMA, Bruno, « From bilateralism to community interest... », p. 229

<sup>302</sup> DUPUY, Pierre-Marie, *Droit International Public*, 7<sup>ème</sup> Edition, Paris, Droit Public Science Politique, Editions Dalloz, 2004, p. 395

Il n'y a qu'une faible probabilité que des cas relatifs à la nullité d'un acte juridique en conflit avec une norme impérative soient portés devant la CIJ dans une affaire de nature contentieuse. La procédure permettant à l'Assemblée générale ou au Conseil de sécurité, ainsi qu'aux agences spécialisées de requérir des avis consultatifs, constitue probablement une méthode réaliste, afin que ce genre de litiges atteignent la Cour.<sup>303</sup> Les sujets du droit international sont réticents à invoquer la nullité d'un acte juridique, car ceci implique des conséquences extrêmement lourdes. Il est indispensable, afin que le *jus cogens* ne reste pas un outil théorique, que les instances judiciaires rendent des décisions donnant plus d'effets au *jus cogens* et que les juges de la Cour internationale de Justice, en tant que représentants de leur propre systèmes nationaux et de la communauté internationale, s'attèlent à leur mission de déterminer les valeurs qui lient la communauté internationale. Soulignons toutefois, que la nature juridique d'une norme ne dépend pas des déclarations et jugements délivrés par les tribunaux. Orakhelashvili rappelle qu'une cour de justice a pour fonction première d'identifier et d'appliquer une norme existante et non de créer du droit. Le fait qu'une décision ne fasse pas référence à un principe ne signifie pas que ce principe n'existe pas, d'où la nécessité de distinguer l'existence d'une catégorie juridique et de son application.<sup>304</sup> Malgré ces conclusions, il faut tenter de percevoir si le *jus cogens* a trouvé en des rares occurrences application en pratique, et pouvoir démentir Ian Brownlie, lorsqu'il a dit :

« *Jus cogens is a vehicle that hardly leaves the garage.* »<sup>305</sup>

#### ii. Illustrations jurisprudentielles

Comme remarqué à maintes reprises, les instances judiciaires et arbitrales ont montré une grande réticence, non pas tant à reconnaître l'existence de normes impératives en droit international, mais à en accepter les effets et conséquences juridiques et à trancher les différends qui leur ont été soumis sur la base du *jus cogens*.

« *It has not been relied upon in legal disagreements between States, as one of the major issues in dispute, or by international courts of the purpose of settling international disputes. In other words, it has not yet been used to invalidate a treaty provision...In addition, the ICJ has carefully avoided pronouncing on the matter or has used rather elusive language.* »<sup>306</sup>

Malgré cette constatation, le *jus cogens* n'est pas absent des décisions. L'*affaire Nicaragua de 1986* est largement citée comme une reconnaissance par la Cour internationale de Justice de

---

<sup>303</sup> FORD, Christopher A., « Adjudicating Jus cogens », *Wisconsin International Law Journal*, vol. 13, 1994-1995, p. 180

Articles 65.1 du *Statut de la Cour* et 96 de la *Charte des Nations Unies*.

<sup>304</sup> ORAKHELASHVILI, Alexander, *Peremptory norms...*, p. 42

<sup>305</sup> BROWNLIE, Ian, « Comments », in CASSESE, Antonio, WEILER, Joseph H.H., *Change and Stability in International Law-Making*, Berlin/New York, W. de Gruyter, 1988, p. 110. « Une Rolls que l'on astique et que l'on entretient amoureusement, mais que l'on ne fait jamais rouler. », WEIL, Prosper, « Cours général: le droit international en quête de son identité », p. 274

<sup>306</sup> CASSESE, Antonio, *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 2ème Edition, p. 209

l'existence du *jus cogens*, mais cette affaire n'a en rien contribué à en définir précisément le contenu et ses critères d'identification.<sup>307</sup> *L'affaire des Otages américains à Téhéran* fait également référence aux normes impératives, mais la Cour évite soigneusement de mentionner le terme et d'en dégager des conséquences.<sup>308</sup> Les avis consultatifs subséquents ont certes renvoyé à la notion de *jus cogens*, tout en employant un langage extrêmement vague, ce qui a contribué à produire une grande confusion.<sup>309</sup>

La première fois que la Cour a donné son plein soutien quant à la réalité du *jus cogens* en droit international fut en 2006 dans ses objections préliminaires relatives à *l'affaire des Activités armées sur le territoire du Congo*.<sup>310</sup> Par ce jugement, la Cour mentionna expressément le *jus cogens* lors de son examen de la validité des réserves du Rwanda aux *Conventions sur le Génocide et la Discrimination raciale* et réaffirma que les droits et obligations issus de la *Convention sur le Génocide* avaient une portée *erga omnes*. La prohibition du génocide est une norme impérative de droit international général, mais l'organe judiciaire ne donne aucun indice sur les critères qui l'ont poussé à associer ce qualificatif à la norme. On peut également introduire dans le présent raisonnement *l'affaire du Mandat d'arrêt*, où le *jus cogens* est mentionné expressément, mais voit son impact pratique réduit à néant. L'immunité du Ministre des Affaires étrangères du Congo fut maintenue, même si ce dernier avait pu commettre des crimes internationaux.<sup>311</sup> La CIJ a donc manqué à maintes reprises de transformer le *jus cogens* en un instrument efficace, mais a cependant reconnu l'existence de normes possédant un caractère impératif.<sup>312</sup>

---

<sup>307</sup> *Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Nicaragua v. Etats-Unis d'Amérique, Recueil C.I.J 1986, fond, arrêt du 27 juin, § 190. L'interdiction du recours à la force est acceptée comme étant une norme de *jus cogens*.

<sup>308</sup> *Affaires du Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, Etats-Unis d'Amérique v. Iran, Recueil C.I.J 1980, fond, arrêt du 24 mai 1980, §88. Notons que dans la version anglaise, la Cour emploie le terme de « imperative norms » et non de « peremptory norms ».

<sup>309</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, C.I.J Recueil 1996, Avis Consultatif du 8 juillet 1996, § 79; *Conséquences Juridiques de l'Édification d'un Mur dans le Territoire Palestinien Occupé*, Avis consultatif du 9 juillet 2004, Recueil C.I.J 2004, § 155

<sup>310</sup> *Affaire relative aux activités armées sur le territoire du Congo*, République démocratique du Congo v. Rwanda, Compétence de la Cour et recevabilité de la requête, 3 février 2006, § 64. La Cour réaffirme ce qu'elle a déjà dit dans *l'affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de Génocide*, Bosnie-Herzégovine v. Yougoslavie, exceptions préliminaires, Recueil C.I.J 1996 p. 595, 11 juillet 1996

<sup>311</sup> *Affaire relative au Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, République Démocratique du Congo v. Belgique, fond, Recueil C.I.J 2002, 14 février 2002, §§ 51-52. La section suivante, **II. B. 2. C. iii.** reviendra sur cette affaire.

<sup>312</sup> Egalement, le droit à l'auto-détermination des peuples, dans *Sahara Occidental*, Recueil C.I.J 1975, Avis consultatif du 16 octobre 1975 et dans *l'affaire relative au Timor Oriental*, Portugal v. Australie, fond, Recueil C.I.J 1995, 30 juin 1995, p. 102, § 29.

Les juges du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie affirmèrent dans *l'affaire Furundzija*, que la prohibition de la torture relevait du *jus cogens*.<sup>313</sup> D'autres affaires ont aussi traité de la question: *l'affaire Goran Jelusic* sur la question du génocide;<sup>314</sup> *l'affaire Zoran Kupreskic* en lien avec les normes de droit international humanitaire;<sup>315</sup> *l'affaire Radislav Krstic* sur le caractère impératif du génocide;<sup>316</sup> *l'affaire Galic* et l'interdiction d'attaquer les civils.<sup>317</sup> Le Tribunal Pénal s'est référé au *jus cogens* essentiellement à propos d'infractions spécialement graves, telles que la torture, le génocide et la protection des personnes pendant les conflits armés. La jurisprudence des organes de protection des droits de l'homme a elle aussi permis d'octroyer le statut de *jus cogens* à certains droits de l'homme fondamentaux: l'interdiction de la torture,<sup>318</sup> l'interdiction de la discrimination raciale,<sup>319</sup> le respect du droit à la vie,<sup>320</sup> interdictions de la peine de mort<sup>321</sup> et de l'esclavage,<sup>322</sup> le droit d'accès à la justice,<sup>323</sup> l'interdiction des disparitions forcées<sup>324</sup> et l'obligation de poursuivre les violations des normes impératives, ainsi que d'enquêter sur les allégations de transgressions.<sup>325</sup> Le chapitre suivant reviendra sur la question des droits de l'homme, mais accentuons déjà le fait qu'un débat existe concernant l'identification des droits de

<sup>313</sup> *Le Procureur v. Anto Furundzija*, Affaire N°IT-95-17/1-T, Chambre de Première Instance, jugement du 10 décembre 1998, §§ 153-154

<sup>314</sup> *Le Procureur v. Goran Jelusic*, Chambre de Première Instance, TPIY, jugement du 14 décembre 1999, § 60

<sup>315</sup> *Le Procureur v. Zoran Kupreskic et al.*, Chambre de Première Instance, TPIY, jugement d 14 janvier 2000, § 520

<sup>316</sup> *Le Procureur v. Radislav Krstic*, Chambre de Première Instance, TPIY, jugement du 2 août 2001, § 541; Voir également, *Le Procureur v. Delalic, Mucic, Delic et Landzo*, Chambre de Première Instance, TPIY, jugement du 16 novembre 1998, § 454 (torture); *Le Procureur v. Kunarac, Kovac et Vukovic*, Chambre de Première Instance, TPIY, jugement du 22 février 2001, § 466 (torture)

<sup>317</sup> *Le Procureur v. Stanislas Galic*, Chambre de Première Instance, TPIY, jugement du 5 décembre 2003, § 98. Soulignons que le Tribunal Pénal affirma que l'interdiction générale des attaques contre les civils constituait une norme impérative de droit international coutumier, mais il ne se prononça pas formellement sur le caractère de *jus cogens* de la règle particulière, qui interdit de répandre la terreur parmi la population.

<sup>318</sup> *Affaire Al-Adsani v. Royaume-Uni, Requête no 35763/97*, Cour européenne des droits de l'homme, arrêt Strasbourg, 21 novembre 2001, § 61. Devant la Cour interaméricaine, voir *Bayarri v. Argentina*, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of 30 October 2008, Serie C, N° 187, § 81 ; *Martizia Urrutia v. Guatemala*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of 27 November 2003, Serie C, N° 103, § 92.

<sup>319</sup> Advisory Opinion OC-18/03, *Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants, requested by the United Mexican States*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, 17 septembre 2003, § 47. La Commission a également dit que les principes d'égalité et de protection égale devant la loi relevaient du *jus cogens*.

<sup>320</sup> *Case of the Victims of the Tugboat "13 de Marzo" v. Cuba*, Report N° 47/96, Case 11.436, Commission interaméricaine des droits de l'homme, 16 octobre 1996; *Coard et al. v. Etats-Unis*, Commission interaméricaine des droits de l'homme, 29 septembre 1999

<sup>321</sup> *Case Roach and Pinkerton v. United States of America*, Report n° 3/87, case n° 96-47, Commission interaméricaine des droits de l'homme, 27 mars 1987. Cette affaire fait référence à une norme impérative dans un contexte régional. Voir aussi *Michael Domingues v. Etats-Unis*, Rapport N° 62/02, case 12.285, Commission interaméricaine des droits de l'homme, 22 octobre 2002

<sup>322</sup> *Aloeboetoe et al. Case v. Suriname*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, 10 septembre 1993, § 57

<sup>323</sup> *La Cantuta v. Peru*, Merits, Reparations and Costs, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Judgment of 29 November 2006, Serie C, N° 162, § 160.

<sup>324</sup> *Ibidem*, §157; *Rios et al. v. Venezuela*, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Judgment of 28 January 2009, Serie C, N° 194; *Tiu-Tojin v. Guatemala*, Merits, Reparations and Costs, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Judgment of 26 November 2008, Serie C, N°190, § 91.

<sup>325</sup> *Perozo et al. v. Venezuela*, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Judgment of 28 January 2009, Serie C, N° 195.

l'homme impératifs. Certains considèrent que l'ensemble du droit international relatif à la protection des droits de la personne relève du *jus cogens*, d'autres estimant que seuls quelques uns d'entre eux appartiennent à cette catégorie.<sup>326</sup>

D'autres instances n'ont pas hésité à se prononcer sur l'existence de normes de *jus cogens*. La Commission d'arbitrage de la Conférence européenne pour la paix en Yougoslavie s'est référée dans de ces Avis n° 1, 2, 9 aux normes impératives.<sup>327</sup> L'Organisation internationale du travail dans un rapport sur Myanmar en 1996, suite à une plainte relativement à des allégations de travail forcé, s'est référé au *jus cogens* et à la nécessité de punir les responsables, le travail forcé ayant été défini comme un crime contre l'humanité.<sup>328</sup>

Finalement certaines sentences arbitrales, ont également élargi la liste des normes impératives. Le Tribunal Arbitral dans l'affaire *Koweït v. Aminoil de 1982* a, par exemple, admis que le principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles était devenu une norme de *jus cogens*.<sup>329</sup> Le Tribunal Arbitral *Guinée-Bissau v. Sénégal* mentionne le *jus cogens* en lien avec le principe d'auto-détermination et le principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles.<sup>330</sup> Les cours nationales, notamment les cours anglaises, américaines et australiennes, ont abordé le *jus cogens*, principalement en relation avec la question des immunités face à des violations de droits et libertés fondamentales des individus.<sup>331</sup> Cette jurisprudence fournit une preuve irréfutable de l'existence des normes impératives de droit international général, mais ne permet pas d'en déduire des effets et conséquences précises.

---

<sup>326</sup> Opinion dissidente du juge Tanaka, *Affaires du Sud-ouest Africain*, Ethiopie v. Afrique du Sud/ Libéria v. Afrique du Sud, 2<sup>ème</sup> phase, fond, Recueil C.I.J 1966, 18 juillet 1966, p. 298. Voir l'opinion contraire de Theodor Meron, in MERON, Theodor, « On a hierarchy of International Human Rights », *American Journal of International Law*, vol. 80, 1996. En effet, il considère que tous les droits de l'homme n'ont pas atteint le statut de *jus cogens*.

<sup>327</sup> Commission d'arbitrage de la Conférence européenne pour la paix en Yougoslavie, *Avis n°1 du 29 novembre 1991*, *Avis n° 2 du 11 janvier 1992*, *Avis n° 9 et 10 du 4 juillet 1992*, voir *infra* **note de bas de page 273**.

<sup>328</sup> *Report of the Commission of Inquiry on Forced Labour in Myanmar*, ILO Official Bulletin, vol. LXXXI, 1998, Serie B, § 358.

<sup>329</sup> *The Government of the State of Kuwait v. The American Independent Oil Company* (Kuwait v. Aminoil), Sentence Arbitrale du 24 mars 1982, at [http://www.biicl.org/files/2418\\_1982\\_kuwait\\_v.\\_aminoil\\_-\\_summary.doc](http://www.biicl.org/files/2418_1982_kuwait_v._aminoil_-_summary.doc), consulté le 17 novembre 2008

<sup>330</sup> *Affaire de la délimitation de la frontière maritime*, Guinée-Bissau v. Sénégal, Sentence Arbitrale du 31 juillet 1989, §§ 40-47

<sup>331</sup> *Committee of US Citizens Living in Nicaragua v. Reagan*, US Court of Appeal District of Columbia, 1988; *Siderman de Blake v. Argentina*, US 9th Circuit Court of Appeal, 22 mai 1992, § 29 et suivants (torture); *B R v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate; Ex parte Pinochet Ugarte*, 1998 et 1999; *Nulyarimma v Thompson*; *Buzzacott v Hill, Downer & Commonwealth of Australia*, Federal Court of Australia, 1<sup>er</sup> September 1999, § 178 (génocide).

### iii. Pratique non-judiciaire

Hormis la jurisprudence, il existe d'autres éléments de pratique fondant la réalité du *jus cogens*, en tant que catégorie du droit international positif. Néanmoins, ces dernières sont rares. Certes, de nombreuses conférences et études ont été organisées sur le sujet, entreprises soient par des organismes de droit international privé, soit au sein des Nations Unies. Citons le *Rapport de la Commission du droit international relatif à la fragmentation du droit international*, qui aborde la question du *jus cogens*;<sup>332</sup> la *Déclaration de Carthagène* qui réaffirme que le principe du non-refoulement est un principe impératif;<sup>333</sup> l'American Law Institute a incorporé le concept dans son *Restatement (Third) on Foreign Relations of the United States*, « est nul tout accord international (...) si, à l'époque de sa conclusion, il est en conflit avec une norme impérative du droit international général ».<sup>334</sup> L'Institut du droit international a également consacré une étude sur la question des obligations *erga omnes*.<sup>335</sup> Les Etats demeurent quant à eux réticents quant au fait de d'invoquer le *jus cogens* en pratique.

Nous allons nous intéresser à un exemple pour confirmer ou infirmer l'existence d'une pratique et d'un *opinio juris* chez les Etats relativement à une norme impérative. L'interdiction de l'emploi ou de la menace de l'emploi de la force armée a été consacrée comme une norme relevant du *jus cogens*, notamment par la CIJ dans *l'affaire Nicaragua*. Dès la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, les Etats tentèrent, par l'adoption d'instruments internationaux, de limiter, puis d'exclure l'usage de la force armée dans les rapports internationaux. Des procédures de règlement pacifique des différends furent développées lors des Conférences de La Haye.<sup>336</sup> Une pratique cohérente émergea au cours du XX<sup>ème</sup> siècle, qui aboutit à l'adoption du *Pacte de la Société des Nations* en 1919, qui, bien que condamnant les guerres d'agression à son article 10, ne mit pas l'emploi de la force armée hors-la-loi. Le *Pacte Briand-Kellogg de renonciation à la guerre « comme instrument de politique nationale »*, fut le premier traité à interdire la « guerre », sauf en cas de légitime défense.<sup>337</sup> Finalement, la *Charte des Nations Unies*, à son article 2§4, consacra définitivement l'interdiction

---

<sup>332</sup> *Fragmentation du Droit International. Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du Groupe d'Etude de la Commission du droit international, établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi, cinquante-huitième session, mai-août 2006, A/CN.4/L.682, 13 avril 2006 et *Fragmentation du Droit International. Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du Groupe d'Etude de la Commission du droit international, cinquante-huitième session, mai-août 2006, A/CN.4/L.702, 28 juillet 2006

<sup>333</sup> *Déclaration de Carthagène sur les réfugiés* du 22 novembre 1984, § 6

<sup>334</sup> Section 331 (2)

<sup>335</sup> *Les obligations erga omnes en droit international*, Session de Cracovie 2005, Institut de Droit International, 27 août 2005

<sup>336</sup> *Convention de La Haye relative au règlement pacifique des différends de 1899* et *Convention II Drago-Porter pour la limitation de l'emploi de la force pour le recouvrement des dettes contractuelles de 1907*

<sup>337</sup> Article 2, *Pacte Briand-Kellogg*, 27 août 1928

de tout recours, ou menace de recours à la force armée, excepté en cas de légitime défense et dans les situations où le Conseil de sécurité autorise un tel emploi. De multiples pactes bilatéraux ou multilatéraux furent également conclus.<sup>338</sup> Des résolutions de l'Assemblée générale et d'autres fora confirmèrent l'interdiction,<sup>339</sup> ainsi que des arrêts et des avis de la Cour internationale de Justice.<sup>340</sup> La Commission du droit international soutint le caractère impératif de la prohibition, lors des travaux préparatoires de la Convention de Vienne et l'inclut à titre d'exemple dans son commentaire. D'ailleurs, aucun Etat ne s'y opposa.<sup>341</sup>

Ces éléments soutiennent l'importance fondamentale de la règle pour le maintien de la paix internationale. L'ensemble des Etats ont reconnu, ou tout du moins, n'ont pas objecté au caractère impératif de la norme, réagissant à ses violations et invoquant des exceptions à celle-ci quand ils eurent l'impression de l'avoir transgressée. Tout traité permettant un emploi de la force contraire à la Charte devrait donc être considéré comme nul.<sup>342</sup> De plus, des corollaires à la norme se sont développés: illicéité et nullité des traités imposés par la force ou par la menace de celle-ci,<sup>343</sup> ainsi que des titres et régimes résultant de guerres d'agression; condamnation unanime des conquêtes territoriales réalisées par la force; devoir de non-reconnaissance de ce type de conquêtes et

---

<sup>338</sup> Par exemple, le *Pacte de la Petite Entente* de 1933, le *Pacte de l'Entente Balkanique* de 1934, le *Pacte de la Ligue Arabe* de 1945 à son article 5, le *Pacte de Bogota* de 1948 à son article 1, la *Charte de l'Organisation de l'Union Africaine* de 1963 à son article 3.

<sup>339</sup> *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies*, A/RES/2625, XXV, 24 octobre 1970

Voir également les Résolutions de l'Assemblée générale suivantes: *Déclaration sur l'inadmissibilité de l'intervention dans les affaires intérieures des Etats et la protection de leur indépendance et de leur souveraineté*, A/RES/2131, 21 décembre 1965; *Stricte observation de l'interdiction de recourir à la menace ou à l'emploi de la force dans les relations internationales et du droit des peuples à l'autodétermination*, A/RES/2160, 30 novembre 1966; *Définition de l'agression*, A/RES/3314, XXIX, 14 décembre 1974; *Déclaration sur l'inadmissibilité de l'intervention et de l'ingérence dans les affaires intérieures des Etats*, A/RES/36/103, 9 décembre 1981; *Déclaration sur le renforcement de l'efficacité du principe de l'abstention du recours à la menace ou à l'emploi de la force dans les relations internationales*, A/RES/42/22, 18 novembre 1987.

*Déclaration concernant la paix et la coopération mondiale* de 1955 (Bandoung), *Déclaration des Etats et gouvernements non-alignés* de 1964 (Le Caire), *L'Acte Final d'Helsinki* de 1975, point 1.A.II., entre autres.

<sup>340</sup> *Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Nicaragua v. Etats-Unis d'Amérique, Recueil C.I.J 1986, fond, arrêt du 27 juin; Voir également les plaidoiries des Etats-Unis. De plus, voir: *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, C.I.J Recueil 1996, 8 juillet 1996; *Affaire des Plateformes pétrolières*, République Islamique d'Iran v. Etats-Unis, Recueil C.I.J, fond, arrêt du 6 novembre 2003; *Conséquences Juridiques de l'Edification d'un Mur dans le Territoire Palestinien Occupé*, Recueil C.I.J 2004, 9 juillet 2004. Voir la Déclaration du Conseiller juridique américain Owen en 1979, affirmant le consensus existant sur le caractère indérogable de l'interdiction du recours à la force en vertu de l'article 2§4 de la Charte, in « Contemporary practice of the United States », *American Journal of International Law*, vol. 74, 1980, p. 419

<sup>341</sup> Voir A/35/40, travaux du Sixième Comité et A/CONF.39/11.

Ion Diaconu mentionne que l'article 52 de la *Charte des Nations Unies* peut être perçu comme une clause d'exclusion d'accords dérogoires au principe entre les Etats membres. DIACONU, Ion, *Contribution à l'étude du jus cogens...*, p. 155

<sup>342</sup> La République de Chypre invoqua l'interdiction pour affirmer l'invalidité du *Traité de Garantie de 1960*: « It is quite clear that Article IV [accordant un droit d'intervention à la Grèce, la Turquie et la Grande-Bretagne] (...) is contrary to peremptory norms of international law, i.e. jus cogens. », *Security Council Official Records*, 1098th Meeting, 27 février 1964

<sup>343</sup> Article 52 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*

acquisitions.<sup>344</sup> Une large pratique supporte donc l'existence d'une norme coutumière interdisant l'emploi de la force armée ou la menace de son emploi. Mais à nouveau, ces illustrations n'expliquent pas les raisons qui font que cette règle est dotée d'un caractère impératif et indérogeable. De plus, la règle est-elle vraiment indérogeable, ceci même en présence d'exceptions à celle-ci et d'interprétations divergentes concernant son champ d'application exact ?<sup>345</sup> Une pratique similaire à celle que décrite ci-dessus pour la prohibition du recours à la force existe relativement à l'interdiction de la torture ou au respect des principes cardinaux du droit international humanitaire, mais les mêmes questions restent en suspens et ces interrogations ne trouvent pas de réponse dans la définition acceptée du *jus cogens*, tel que défini par son caractère indérogeable à l'article 53 de la *Convention de Vienne*.

Ni la jurisprudence, ni la pratique étatique ou extra-étatique n'ont contribué à éclaircir les contours exacts du *jus cogens*. Néanmoins, elles constituent des preuves irréfutables de l'existence de celles-ci en droit international, malgré l'existence de barrières empêchant le plein épanouissement du *jus cogens*.

#### **e. Obstacles au caractère opératoire du *jus cogens***

##### *i. L'article 65 de la CVDT comme un obstacle à la mise en œuvre du jus cogens*

L'article 65 de la *CVDT* précise que seules les parties contractantes à un traité peuvent invoquer son invalidité. La question de la nullité d'un traité est par conséquent laissée au bon vouloir des Etats parties, ce qui peut entraîner des difficultés pratiques quant à l'application du concept de *jus cogens*. Cet article n'est pas consistant avec l'objectif des normes impératives de protéger des intérêts supérieurs collectifs. Lors de la Conférence de Vienne, certaines délégations, peu satisfaites de cette construction, proposèrent d'accorder un droit de protestation à tout Etat:

« *The invalidity was, therefore objective, and (...) could be asserted by any State or any international organization aware of the invalid treaty.* »<sup>346</sup>

D'autres au contraire considéraient comme dangereux le fait d'accorder la faculté de contester la validité d'un traité à tout Etat en raison du caractère arbitraire et subjectif de l'exercice.<sup>347</sup> L'article

---

<sup>344</sup> Voir les diverses Résolutions du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale affirmant l'invalidité des acquisitions territoriales réalisées par Israël et exigeant des Etats de ne pas reconnaître ces acquisitions. *Résolutions du Conseil de sécurité*, 252 (1968), 267 (1969), 452 (1979), 465, 476, 478 (1980), 497 (1981) et *Résolutions de l'Assemblée générale*, 2851, 2949, 3000, 32/5, 33/113 B, entre autres.

<sup>345</sup> Il est réalistement concevable qu'un Etat autorise l'emploi de la force armée par un autre Etat sur son territoire. Cet emploi de la force serait licite, car il n'aurait pas une intention agressive et il ne violerait pas l'intégrité et l'indépendance de l'Etat territorial. Il ne serait donc pas contraire à l'article 2§4 de la *Charte des Nations Unies*. Des divergences d'opinions existent sur quels aspects de la norme revêtent le caractère impératif: seule l'interdiction de l'usage de la force « agressive », ou l'ensemble des aspects, incluant la légitime défense?

<sup>346</sup> *United Nations Conference on the Law of Treaties, Official Records, First Session, 1969*, déclarations de la Finlande, du Chili, ..., pp. 300-320

65 limite le caractère opérationnel du *jus cogens*, étant donné qu'il soit peu concevable que des Etats parties à un traité invoquent eux-mêmes l'incompatibilité de leur accord avec une norme impérative.<sup>348</sup> Certes, il reste aux Etats tiers la procédure prévue par la *Charte des Nations Unies* à son article 35, mais celle-ci peut être déclenchée uniquement s'il existe une menace à la paix et à la sécurité internationales. Les Etats tiers devraient pouvoir soulever et contester la nullité d'un acte contraire à une norme de *jus cogens*, puisque celui-ci affecte l'ensemble de la communauté. Ils peuvent exprimer leur opinion en condamnant ces actes illicites ou refuser de reconnaître les traités ou situations issus de violations de normes impératives. Toutefois, ces attitudes sont peu répandues, hormis dans des cas flagrants ou de violations systématiques, tels que l'apartheid, les recours illicites à la force ou les crimes de génocides. Des situations créées sur la base d'actes ou de traités dont la validité a été contestée ont continué à subsister pendant une période plus au moins longue et le cas de l'Apartheid en Namibie en est un bon exemple.

Certes, les deux organes principaux des Nations Unies ont déclaré la nullité de certains traités, actes juridiques et situations, comme les accords de Camp David,<sup>349</sup> la déclaration d'indépendance de la Rhodésie du Sud de 1965,<sup>350</sup> la présence de l'Afrique du Sud en Namibie,<sup>351</sup> la déclaration d'indépendance de la République turque de Chypre.<sup>352</sup> La Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice ont, quant à elles, déclaré l'invalidité d'un titre dans deux cas seulement.<sup>353</sup> La plupart de ces illustrations font référence à la validité de titres ou d'actes basés sur ces titres, mais rarement à la validité d'un traité et les termes de *jus cogens* ou de normes impératives ne sont que très rarement cités. Les Etats évitent de conclure des traités en contradiction flagrante avec une norme de *jus cogens*, et il est vrai qu'en présence d'un tel traité, par exemple, un accord autorisant un génocide, sa validité serait considérée comme un problème peu important en comparaison avec les actes commis de par son application. Le rôle joué par le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale dans la détermination des normes de *jus cogens*, ainsi

---

<sup>347</sup> Le représentant canadien fit la déclaration suivante: « *It would be unacceptable for a party to a treaty or to a third party to take such decision itself.* », *United Nations Conference on the Law of Treaties, Official Records, First Session*, 1969, p. 323

<sup>348</sup> « *This situation presents a remarkable oddity, which however is indicative of the still rudimentary development of international law: on the one hand, there exist fundamental principles which comprise the international public order, and the other hand it is only possible to rely upon these principles in relatively exceptional circumstances.* », CASSESE, Antonio, *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 2ème Edition, p. 204

<sup>349</sup> *Résolution 34/65 B*, Assemblée générale (1979)

<sup>350</sup> *Résolution 216*, Conseil de sécurité, 12 novembre 1965

<sup>351</sup> Par exemple, *Résolutions 276 et 283* du Conseil de sécurité (1970) et 301 (1971), *Résolutions 28/71 (1971), 36/121 B (1981) et 39/50 A (1984)* de l'Assemblée générale.

<sup>352</sup> *Résolution 541*, Conseil de sécurité, 18 novembre 1963

<sup>353</sup> *Affaire du Statut juridique du territoire du sud-est du Groenland*, Recueil C.P.J.I., 1933, Série A/B, Ordonnance du 11 mai 1983, p. 75 et Avis consultatif relatif aux *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-ouest africain) nonobstant la résolution 276 du Conseil de sécurité*, Recueil C.I.J 1971, 21 juin 1971, pp. 54-56

que dans la répression des violations de normes relevant de cette catégorie, pourraient représenter un apport important, mais cet exercice reste fortement sous-tendu par des considérations politiques.

L'absence d'un pouvoir centralisé et obligatoire, associé avec la difficulté d'invoquer la nullité d'un acte juridique contraire au *jus cogens*, ont eu pour conséquence de ne pas assurer une réaction cohérente aux violations des normes impératives. Cette passivité ne signifie pas l'inexistence des normes de *jus cogens*, ni n'en diminue la valeur. Cependant, l'impact réel du *jus cogens* et son effet sur la validité des actes juridiques sont demeurés relativement limités.<sup>354</sup> De plus, l'imprécision entourant la définition et le contenu des normes de *jus cogens* a permis l'emploi de techniques interprétatives, dans le but de :

« ...deny their categorisation, their imperative weight as an absolute obligation, or their consideration may be excluded by other factors. »<sup>355</sup>

*ii. La base consensuelle de la juridiction internationale, aspects matériels et procéduraux du jus cogens*

Il ressort de la jurisprudence que la nature impérative d'une norme ne la dote pas automatiquement d'effets procéduraux. La Cour internationale de justice possède, comme déjà noté, la compétence pour trancher les différends concernant la validité des traités, mais celle-ci est obligatoire uniquement pour les Etats qui ont accepté sa juridiction. De plus, seules les parties à un traité peuvent soulever la question de sa validité, conséquence du principe *res inter alios acta*.<sup>356</sup> Il n'est donc aucunement question d'*actio popularis*, nul n'ayant le droit de mettre en mouvement la juridiction de la Cour en dehors des parties au différend.<sup>357</sup> Il devient difficile de concevoir la mise

---

<sup>354</sup> « Without a procedure for ascertaining its content and applying to concrete cases, *jus cogens* will continue to be more a mission of statement than a practicable legal instrument. », PAULUS, Andreas S., « *Jus cogens* in a Time of Fragmentation and Hegemony... », p. 330

<sup>355</sup> CHINKIN, Christine, « *Jus Cogens, Article 103 of the United Nations Charter and other Hierarchical Techniques of Conflict Solution* », *Finnish Yearbook of International Law*, vol. XVII, 2006, p. 78. Elle fait référence à l'affaire concernant l'Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Bosnie-Herzégovine v- Serbie-Monténégro, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J. 2007, arrêt du 26 février 2007, § 147. « La Cour se prononcera sur ces deux questions plus loin dans le présent arrêt. Elle n'est pas habilitée à se prononcer sur des violations alléguées d'autres obligations que les Parties tiendraient du droit international, violations qui ne peuvent être assimilées à un génocide, en particulier s'agissant d'obligations visant à protéger les droits de l'homme dans un conflit armé. Il en est ainsi même si les violations alléguées concernent des obligations relevant de normes impératives ou des obligations relatives à la protection des valeurs humanitaires essentielles et que ces obligations peuvent s'imposer erga omnes. »

<sup>356</sup> Idem dans la CVDT entre Etats et Organisations internationales ou entre Organisations internationales de 1986, articles 65 et 66.

Notons que l'article 62 du Statut de la Cour internationale de Justice accorde le droit aux Etats tiers de soumettre une requête s'ils ont un intérêt juridique en cause.

<sup>357</sup> Affaire relative au Timor Oriental, Portugal v. Australie, fond, Recueil C.I.J. 1995, 30 juin 1995, §35 : « La Cour conclut qu'elle ne saurait, en l'espèce, exercer la compétence qu'elle tient des déclarations faites par les Parties conformément au paragraphe 2 de l'article 36 de son Statut car, pour se prononcer sur les demandes du Portugal, elle devrait statuer à titre préalable sur la licéité du comportement de l'Indonésie en l'absence du consentement de cet

en œuvre du mécanisme prévu, en dehors du cadre posé par la *CVDT*. L'Opinion séparée du juge Dugard dans l'*affaire des Activités armées sur le territoire du Congo* confirme la nécessité de placer des limites aux effets du *jus cogens*. Tout en acceptant les conséquences des normes impératives relativement à la nullité des accords contraires et à l'obligation pour les Etats de ne pas reconnaître une situation créée par une violation d'une norme de *jus cogens*, il réaffirme que le *jus cogens* ne peut être employé ni pour renverser le principe du consentement à la juridiction de la Cour, ni pour écarter les doctrines bien établies du droit international. Néanmoins, il accepte que les normes de *jus cogens* possèdent une fonction dans l'interprétation devant guider le processus judiciaire.

*« Jus cogens does, however, has a less spectacular role to play in the judicial process and it is this role that becomes important now that the Court has finally recognized the existence of peremptory norms. »*<sup>358</sup>

Lors de cette affaire, il était question de savoir si la CIJ pouvait exercer sa compétence, alors que l'Etat défendeur n'avait pas donné son consentement à la juridiction de la Cour, en attachant une réserve à la clause compromissoire fondant son acceptation. L'instance, tout en affirmant que la prohibition du génocide, et probablement celle de la discrimination raciale, relèvent du *jus cogens*, a exclu de pouvoir exercer sa compétence sans le consentement du Rwanda. Elle rejeta la possibilité d'attribuer automatiquement aux normes impératives des effets spéciaux, notamment des effets procéduraux qui pourraient être déduits de la nature des normes violées.<sup>359</sup>

---

*Etat.* » Et, *Affaire relative aux activités armées sur le territoire du Congo*, République démocratique du Congo v. Rwanda, Compétence de la Cour et recevabilité de la requête, 3 février 2006, § 64: « *La Cour observe toutefois qu'elle a déjà eu l'occasion de souligner que «l'opposabilité erga omnes d'une norme et la règle du consentement à la juridiction sont deux choses différentes» (Timor oriental (Portugal c. Australie), C.I.J. Recueil 1995, p. 102, par. 29), et que le seul fait que des droits et obligations erga omnes seraient en cause dans un différend ne saurait donner compétence à la Cour pour connaître de ce différend.*

*Il en va de même quant aux rapports entre les normes impératives du droit international général (jus cogens) et l'établissement de la compétence de la Cour: le fait qu'un différend porte sur le respect d'une norme possédant un tel caractère, ce qui est assurément le 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.*

65. *Comme elle l'a rappelé dans son ordonnance du 10 juillet 2002, la Cour n'a de juridiction à l'égard des Etats que dans la mesure où ceux-ci y ont consenti (Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), mesures conservatoires, ordonnance du 10 juillet 2002, C.I.J. Recueil 2002, p. 241, par. 57).* »

<sup>358</sup> Opinion individuelle du juge ad hoc Dugard, *Affaire relative aux activités armées sur le territoire du Congo*, République démocratique du Congo v. Rwanda, Compétence de la Cour et recevabilité de la requête, 3 février 2006, § 8. Voir également, BIANCHI, Andrea, « Human Rights and the Magic... », p. 503 et l'opinion dissidente du juge ad hoc Kreca, dans *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro, Cour internationale de justice, Recueil C.I.J. arrêt du 11 juillet 1996, exceptions préliminaires. Concernant l'interdiction du génocide :

*« § 101. Il faut à mon avis bien faire la distinction nette entre, d'une part, la nature juridique du principe interdisant le génocide et, de l'autre, la mise en application ou la réalisation de ce principe.... Les choses se présentent différemment quand il s'agit de faire respecter cette norme de l'interdiction du génocide ou de lui donner effet. Comme toute autre règle de droit international, elle est applicable par les Etats non pas dans un espace imaginaire mais dans le domaine territorialisé de la communauté internationale. »*

<sup>359</sup> §§ 69 et 78 de l'arrêt: « 69. Dans la mesure où la RDC a en outre soutenu que la réserve du Rwanda est en conflit avec une norme impérative du droit international général, il suffit à la Cour de constater qu'il n'existe actuellement

Cette approche restrictive a été remise en cause, en raison de l'absurdité d'accorder une nature spécifique à une norme sans lui donner la possibilité de générer des effets.<sup>360</sup> La CVDT définit le *jus cogens* par son effet, il semble par conséquent illogique de ne pas accepter que ses conséquences puissent se déployer au sein d'une instance judiciaire. Toutefois, la problématique de la dimension procédurale des normes de *jus cogens* est encore un sujet débattu :

« ... [On ne trouvait pas dans le rapport] une analyse convaincante permettant d'affirmer que la différence de nature des normes en causes, procédurale d'une part et substantielle de l'autre, empêchait l'application d'une hiérarchie de normes... »<sup>361</sup>

Cette dernière observation confirme que le *jus cogens* est une voiture de luxe qui ne s'aventure que rarement sur la route, tout du moins dans son acception primaire. Ceci nous impose d'aborder de quelle manière le *jus cogens* a vu sa portée étendue bien au-delà de son champ d'application initial. Tendances communes à toutes les catégories qui touchent au concept d'indérogeabilité, ces visées « impérialistes » sont sous-tendues par plusieurs facteurs, dont une volonté de maximiser l'efficacité des ensembles normatifs visés. Elles sont également souvent le résultat d'interprétations extensives favorisées par le désir de l'autorité qui se prononce de réaliser son agenda normatif, parfois au détriment de la crédibilité et de la légitimité juridique de son raisonnement et de ses conclusions.

## 2. Conséquences et effets juridiques: une extension au-delà du droit des traités

La *Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales entre elles* constitue une première extension du *jus cogens*, en étendant ses effets à d'autres sujets du droit international que les Etats.<sup>362</sup> Cet aspect n'a pas été contesté, étant donné que le *jus cogens* ne déborde pas du cadre du droit des traités et que les organisations internationales sont des sujets, dont la personnalité juridique n'est pas soumise à controverse. Dans le contexte du droit des traités, le *jus cogens* a été sujet à des

---

*aucune norme de cette nature qui imposerait à un Etat de consentir à la compétence de la Cour pour régler un différend relatif à la convention sur le génocide. La réserve du Rwanda ne saurait donc être regardée comme dépourvue d'effets juridiques sur une telle base... § 78... le fait qu'un différend porte sur le non-respect d'une norme impérative du droit international général ne saurait suffire à fonder la compétence de la Cour pour en connaître, et il n'existe aucune norme impérative qui imposerait aux Etats de consentir à ladite compétence pour le règlement de différends relatifs à la convention sur la discrimination raciale.»*

<sup>360</sup> « Why should a norm be specific in nature because of embodying community interest and yet be unable to produce specific consequences to safeguard the integrity of that community interest? », ORAKHELASHVILI, Alexander, «State Immunity and International Public Order», *German Yearbook of International Law*, vol. 45, 2002, p. 257. Dans la même optique, opinion de Lord Millet dans l'affaire *Pinochet* 1998: «International law cannot be supposed to have established a crime having the character of a *jus cogens* and at the same time to have provided an immunity which is co-extensive with the obligation it seeks to impose. »

<sup>361</sup> *Commission du droit international, Rapport présenté à sa 63<sup>ème</sup> Session*, tenue du 26 avril au 3 juin 2011 et du 4 juillet au 12 août 2011, UN Doc. A/66/10, Ch. VII concernant l'immunité de juridiction pénale étrangère des Représentants de l'Etat, § 130, p. 235.

<sup>362</sup> *Convention sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales*, Vienne, 21 mars 1986

lectures qui ont permis d'autres expansions de ses effets : outre la question de l'invalidité et de la terminaison du traité ou de la disposition contraire, les normes impératives exerceraient un impact sur le droit de formuler des réserves et sur le pouvoir du Conseil de sécurité d'adopter des résolutions contraignantes. Finalement, le *jus cogens* exclurait certaines interprétations des traités, qui pourraient être incompatibles avec celui-ci.<sup>363</sup> Le *jus cogens* s'est initialement manifesté dans un cadre juridique restreint, mais s'est progressivement développé indépendamment de ses limites initiales.<sup>364</sup> Par conséquent, nous allons examiner si le *jus cogens* « *beyond the Vienna Convention* », pour reprendre les mots de Giorgio Gaja, est une tendance, qui a trouvé application ou si elle ne représente que approche théorique promue par les défenseurs d'une vision quasi-absolutiste du *jus cogens*.

« *Le débat doctrinal sur le jus cogens ressemble souvent à une dispute théologique entre les militants et négateurs, où les premiers défendent ce qu'il devrait se produire dans un monde supposé plus juste, dont certaines traces sont déjà présentes, et les seconds qui se concentrent sur ce qu'ils voient comme un monde tel qu'il est.* »<sup>365</sup>

#### **a. Une extension dans un but symbolique et par souci d'efficacité**

Interpréter le *jus cogens* de façon à appliquer ses effets en dehors du droit des traités a pour objectif de renforcer sa réalité juridique et lui permettre de remplir sa mission fondamentale, à savoir, de protéger le système international contre toute atteinte à son fonctionnement ou à l'encontre de ses valeurs. Peu ou pas de traités sont contraires à des normes reconnues de *jus cogens* et les violations de normes impératives sont généralement le résultat d'actions unilatérales de la part des Etats, d'où la nécessité entrevue par les tenants du *jus cogens* de procéder à une expansion du concept au regard de son but inhérent.<sup>366</sup> Cette approche extensive ressert les liens entre *jus cogens* et ordre public, car comme le soutient Theodor Meron:

« (...) because of the decisive importance of certain norms and values to the international community, they merit absolute protection and may not be derogated from by states, whether jointly by treaty or severally by unilateral legislative or executive action. »<sup>367</sup>

L'affaire *Furundzija*, dans laquelle l'interdiction de la torture est reconnue comme relevant du *jus cogens*, est fréquemment mentionnée comme un moment clef dans l'histoire des normes

---

<sup>363</sup> FOCARELLI, Carlo, «Promotional Jus Cogens. A Critical Appraisal of Jus Cogens' Legal Effects», *Nordic Journal of International Law*, vol. 77, 2008, p. 441

<sup>364</sup> VILLALPANDO, Santiago, «The Legal Dimension of the International Community: How Community Interests are Protected in International Law», *European Journal of International Law*, vol. 21, N°2, 2010, p. 409.

<sup>365</sup> FOCARELLI, Carlo, «Immunité des Etats et Jus Cogens: La dynamique du droit international et la fonction du *jus cogens* dans le processus de changement de la règle sur l'immunité juridictionnelle des Etats étrangers», *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 112, N°4, 2008, p. 773

<sup>366</sup> Il est rare que l'objet d'un traité soit contraire à une norme de *jus cogens*, mais l'exécution de celui-ci ou l'interprétation qu'un Etat pourra en faire peuvent être en conflit avec une norme impérative.

<sup>367</sup> MERON, Theodor, «On a Hierarchy of International Human Rights», *American Journal of International Law*, vol. 80, 1986, pp. 19-20

impératives.<sup>368</sup> L'interdiction de la torture présente, selon les dires du tribunal, trois aspects : elle couvre toutes les violations, y compris, les transgressions potentielles, en conséquence les Etats doivent interdire, punir, mais aussi empêcher la commission des actes ; la prohibition impose des obligations *erga omnes* et est également dotée du statut de norme impérative. Finalement, la responsabilité pénale des individus se voit engagée aussi bien pour leurs actes, que pour leur omission, parallèlement à la responsabilité de l'Etat.<sup>369</sup> Le raisonnement du Tribunal a passablement allongé les conséquences attribuées au *jus cogens*:<sup>370</sup> dé-légitimisation de tout acte législatif, administratif ou judiciaire autorisant l'acte interdit; possibilité d'exercer la compétence universelle à l'encontre des responsables; exclusion des lois d'amnistie; non-application de l'exception du crime politique et des statuts de limitations; finalement, les victimes peuvent obtenir d'un tribunal ou d'une instance internationale la déclaration de l'illégalité des mesures nationales et entreprendre des procédures civiles pour obtenir réparation, et ceci devant n'importe quelle juridiction. Le Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie autorise le *jus cogens* à invalider toute norme de droit international, quelque soit sa source, ainsi que toute règle de droit interne contraire: les normes impératives acquièrent un caractère indérogeable absolu et entraînent des effets inédits. Le *jus cogens*, en plus de définir un ensemble de normes matérielles, devient un outil à caractère régulateur, car il sert à identifier la licéité ou l'illicéité de tout comportement ou de toute situation.

---

<sup>368</sup> *Le Procureur v. Anto Furundzija*, Affaire N°IT-95-17/1-T, Chambre de Première Instance, jugement du 10 décembre 1998, §§ 153-157

<sup>369</sup> *Ibidem*, §§ 257-258.

<sup>370</sup> L'extension des effets est aussi liée au fait que les actes de torture sont considérés par le Tribunal comme constitutifs de crimes internationaux, engageant la responsabilité internationale pénale individuelle des auteurs présumés de ceux-ci.

Ce jugement progressiste a-t-il été soutenu et confirmé dans la pratique?<sup>371</sup> Pour certains, il serait absurde et artificiel d'attribuer une force normative supérieure à une règle, sans lui donner les moyens de déployer efficacement ses effets.<sup>372</sup> Giorgio Gaja conclut que les lacunes et les défauts de la définition du *jus cogens* incluse dans la *CVDT* étaient tels, que :

« (...) a wider concept of peremptory norms should be used and that one should look also for norms corresponding with the larger concept. »<sup>373</sup>

Cependant, l'extension du *jus cogens* se heurte au problème de l'identification de ses normes et à la question de savoir si toute norme reconnue comme impérative produit l'ensemble des effets décrits par les juges du TPIY. Les sections suivantes vont confronter ce point-de-vue avec d'autres opinions et des cas concrets, dans lesquels des violations de normes impératives ont été invoquées, afin d'en faire découler des conséquences spécifiques. Chaque communauté normative défend son royaume, mais cette extension illimitée risque à terme de porter préjudice à la légitimité du *jus cogens*: une fois « la boîte de Pandore » ouverte, il sera à l'avenir difficile de circonscrire les effets du *jus cogens*.<sup>374</sup> L'opinion du juge ad hoc Dugard exprime cette idée, quand il énonça :

« 6. Il faut se féliciter de ce que la Cour consacre le *jus cogens* dans le présent arrêt. Cela étant, la Cour souligne aussi que le champ d'application du *jus cogens* n'est pas illimité et que la notion ne doit pas être utilisée comme un moyen de faire échec à des doctrines reconnues du droit international.

7. Le fait que la Cour entérine la notion de *jus cogens* pose la question du rôle futur de cette notion et des conséquences juridiques qu'il faut attacher à la violation de ces normes car, comme l'indique M. Ian Brownlie, « de nombreux problèmes d'application subsistent » s'agissant du *jus cogens* (*Principles of Public International Law*, 6e éd. (2003), p. 490). »<sup>375</sup>

---

<sup>371</sup> Citons un article qui examine les effets procéduraux du *jus cogens*, au regard de la jurisprudence américaine, et ceci en dehors du cadre des traités. PARKER, Karen, NEYLON, Lyn Beth, « Jus Cogens: Compelling the Law of Human Rights », *Hastings International and Comparative Law Review*, vol.12, 1988-1989, pp. 412-463. Selon les auteurs, les normes impératives permettent de surmonter des barrières faisant traditionnellement obstacle aux actions relatives à des violations du droit international des droits de l'homme devant les juridictions internes. Ces barrières sont les suivantes: la doctrine de « l'Act of State », la doctrine de l'exception politique, la doctrine de l'auto-exécution et la règle de « last in time », qui soutient qu'en cas de conflit entre un traité et une loi domestique postérieure, cette dernière prévaut. De plus, le *jus cogens* permet dans certains cas l'exercice de la compétence universelle. L'article conclut que la meilleure façon de renforcer la protection des droits de l'homme devant les juridictions nationales est d'incorporer le *jus cogens*, car: p. 414 « *Jus cogens norms exist and are enforceable independently of treaties, and are immune from many judicial doctrines that have frustrated redress* ».

<sup>372</sup> Voir, ORAKHELASHVILI, Alexander, « State Immunity and International Public Order », ... p. 257, **note de bas de page 360**; CASSESE, Antonio, *Self-Determination of Peoples: A Legal Appraisal*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 140

<sup>373</sup> GAJA, Giorgio, « Jus cogens beyond the Vienna Convention », *RCADI*, vol. 172, 1981, pp. 288-289

<sup>374</sup> LINDERFALK, Ulf, « The Effect of Jus Cogens Norms: Whoever Opened Pandora's Box, Did You Ever Think about the Consequences? », *European Journal of International Law*, vol. 18, N° 5, p. 854

<sup>375</sup> Opinion individuelle du juge ad hoc Dugard, *Affaire relative aux activités armées sur le territoire du Congo, République démocratique du Congo v. Rwanda*, Compétence de la Cour et recevabilité de la requête, 3 février 2006, §§ 6-7. Et: « Une fois accepté que le *jus cogens* peut dépasser n'importe quel obstacle juridique, il n'y a aucune raison de s'arrêter, avec effet rétroactif, à la Seconde Guerre mondiale ou à la Première, ou à la découverte de l'Amérique, ou encore, ... à la chute de l'Empire romain », FOCARELLI, Carlo, « Immunité des Etats et Jus Cogens... », p. 779

## b. Une extension *ratione materiae*

Les normes impératives de droit international général sont définies dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités* exclusivement par rapport aux traités dérogoires que peuvent conclure des Etats *inter se*. L'article 53 ne précise cependant pas la forme que doit prendre la dérogation. Des opinions diverses se sont exprimées sur la signification du terme dérogation et sur l'extension des effets juridiques du *jus cogens* à tout acte juridique contraire à celui-ci.<sup>376</sup>

Une objection a été soulevée relativement à la problématique des actes unilatéraux. Un acte unilatéral peut-il être considéré comme accord dérogoire à une norme ou est-il une simple violation de celle-ci? La dérogation suppose-t-elle forcément la création d'une nouvelle norme de caractère plus restreint? Même interrogation concernant une coutume dérogoire: le *jus cogens* peut-il l'invalider? Si, les normes de *jus cogens* n'admettent pas l'existence de régimes dérogoires, car ceux-ci sont contraires à l'ordre public international, il semblerait logique, *a priori*, que les effets du *jus cogens* ne soient pas limités aux actes conventionnels. Toutefois, cette conclusion a pour conséquence d'engendrer un élargissement non-prévu du champ opératoire du *jus cogens*, même si Emer de Vattel reconnut déjà en 1855 que le droit naturel immuable est un critère utile pour distinguer non seulement les traités licites des traités illicites, mais aussi les coutumes innocentes et raisonnables des coutumes injustes et condamnables.<sup>377</sup>

La coutume peut certes être perçue comme un accord tacite entre plusieurs sujets, suite à la rencontre entre une pratique générale et un *opinio juris*<sup>378</sup> Une norme coutumière contraire à une norme de *jus cogens* ne devrait pas produire d'effets juridiques, car les Etats ne sont pas libres d'adopter une attitude contraire à une telle norme. Le juge Fernandez dans *l'affaire du droit de passage* observa :

« (...) *several rules cogentes prevail over any special rules. And these general principles (...) constitute true rules of jus cogens, over which no special practice can prevail.* »<sup>379</sup>

---

<sup>376</sup> MAREK, Krystyna, « Contribution à l'étude du *jus cogens*... », p. 441 et SUY, Erik, *Rapport sur le Jus cogens*..., p. 33

<sup>377</sup> VATTEL, Emer de, *Le droit des gens*, ....

<sup>378</sup> Le Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, après avoir reconnu que les normes de *jus cogens* possèdent un statut normatif supérieur au droit international, conventionnel et coutumier, affirme: « (...) *The most conspicuous consequence of this higher rank is that the principle at issue cannot be derogated from by States through international treaties or local or special customs or even general customary rules not endowed with the same normative force.* », *Le Procureur v. Anto Furundzija*, Affaire N°IT-95-17/1-T, Chambre de Première Instance, jugement du 10 décembre 1998, §§ 153-154

<sup>379</sup> Opinion dissidente du juge Fernandez, *Affaire du droit de passage en territoire indien*, Portugal v. Inde, C.I.J Recueil 1960, arrêt du 12 avril 1960, p. 136, voir **Annexe VI. A. 1. f.**

Notons une opinion contraire exprimée par Laurent Grosse, qui estime que le *jus cogens* ne peut invalider une coutume, car celle-ci n'est pas un acte juridique. De plus, aucune norme coutumière ne peut être réellement contraire au *jus cogens*, car celui-ci repose lui-même sur une norme coutumière. Il y aurait contradiction entre deux normes

Cette prévalence du *jus cogens* sur toute coutume contraire a été confirmée par la pratique et la jurisprudence.<sup>380</sup> Cependant, dans le cas d'une dérogation par une coutume contraire, la question porte davantage sur la formation de la norme, que sur sa nullité potentielle: la norme impérative devrait d'elle-même empêcher la formation de toute coutume contraire particulière. Si cette coutume opposée perdure et se généralise, elle peut mener à la création d'une nouvelle norme coutumière et remplacer, voire abroger l'ancienne. En adoptant une approche dynamique du *jus cogens*, il est impossible d'affirmer que toute règle coutumière sera *ipso facto* frappée de nullité, si elle contredit une norme impérative.

Le raisonnement est tout aussi complexe pour les actes unilatéraux. Le *jus cogens* devrait être également appliqué aux actes unilatéraux pour trouver une pleine effectivité, la majeure partie des violations des normes de droit international étant le résultat d'actes unilatéraux étatiques :

« On ne voit pas pourquoi ce qui est intolérable pour un traité international, ne le serait pas pour tout autre acte, qui de plus, est hiérarchiquement inférieur aux traités ».<sup>381</sup>

La Commission du droit international dans son commentaire de l'article 61 (article 64 dans le texte final) a affirmé « qu'une règle de *jus cogens* est une règle fondamentale qui prive tout acte ou situation en conflit avec elle de sa légalité ».<sup>382</sup> Selon cette perspective, s'il existe un *jus cogens*, il doit entraîner la nullité de tout acte juridique ou action contraire, car leur objet serait

---

coutumières au sein d'un même système juridique, ce qui est impossible selon lui. GROSSE, Laurent, « Racines Historiques et Fondements contemporains... », p. 244

<sup>380</sup> «The first situation is the simplest. Conflict of a treaty with *jus cogens* renders the treaty - or a separable provision thereof - invalid. It makes no difference whether the treaty is bilateral or multilateral. As pointed out above, the Charter of the United Nations constitutes no exception. The same goes for resolutions of international organizations. The same logic applies to a conflict between *jus cogens* and (general) customary law. A conflict between them renders the latter invalid. », *Fragmentation du Droit International. Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du Groupe d'Etude de la Commission du droit international, établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi, cinquante-huitième session, mai-août 2006, A/CN.4/L.682, 13 avril 2006, § 367 ; *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States*, § 102 ; BROWNLIE, Ian, *Principles of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 6<sup>th</sup> Edition, 2003, p. 56; BYERS, Michael, «Conceptualising the relationship between *Jus Cogens* and *Erga Omnes* Rules», *Nordic Journal of International Law*, vol. 66, 1997, p. 220; CHARNEY, Jonathan, «Universal International Law», *American Journal of International Law*, vol. 87, 1993, p. 541; Opinion individuelle du juge Lauterpacht, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de Génocide*, Bosnie-Herzégovine v. Serbie-Monténégro, Ordonnance du 13 septembre 1993, Nouvelles demandes en indication de mesures conservatoires, C.I.J Recueil 1993, § 100 ; Et la jurisprudence du TPIY : *Le Procureur v. Anto Furundzija*, Affaire N°IT-95-17/1-T, Chambre de Première Instance, jugement du 10 décembre 1998, § 155 ; *Affaire Procureur v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo, Camp de Celebici*, IT-96-21-T, Chambre de première instance, jugement du 16 novembre 1998, § 466 ; *Procureur v. Dragoljub Kunarac et al.*, IT-96-23-T, jugement du 22 février 2001, § 454.

<sup>381</sup> SUY, Erik, *Rapport sur le Jus cogens...*, p. 100. Dans le même sens, voir, CHRISTENSON, Gordon A., «*Jus Cogens: Guarding Interests Fundamental to International Society*», *Virginia Journal of International Law*, vol. 28, 1987-1988, pp. 585-586 ; JANIS, Mark W., « The Nature of *Jus Cogens* », *Connecticut Journal of International Law*, vol. 3, 1987-1988, p. 362 et PARKER, Karen, NEYLON, Lyn Beth, «*Jus Cogens: Compelling the Law of Human Rights*», *Hastings International and Comparative Law Review*, vol.12, 1988-1989, pp. 417.

<sup>382</sup> International Law Commission Report, 1966, UN Doc. A/6309/Rev.1, p. 89. Voir également, *Guiding Principles applicable to the unilateral declarations of States capable of creating legal obligations*, adoptés par la Commission du droit international, à sa 58<sup>ème</sup> session, UN Doc. A/CN.4/L.706, 20 juillet 2006, principe 8: « A unilateral declaration which is in conflict with a preemptory norm of general international law is void. »

intrinsèquement illicite. Cependant, un Etat, dans son activité individuelle, est capable de violer le droit international, et non d'y déroger, car un Etat seul ne peut créer une norme de droit international, ses actes ou omissions constituant des faits licites ou illicites.<sup>383</sup> Pour cette raison, il paraît absurde d'étendre les effets du *jus cogens* aux actes unilatéraux, car toute règle de droit, qu'elle soit impérative ou ordinaire, interdit les actes contraires, ceci n'étant pas spécifique au *jus cogens*.<sup>384</sup> La dérogation ne peut être réalisée que par un accord créant une norme. Rien dans les débats sur la *CVDT* ne va dans le sens d'une volonté d'élargir indéfiniment la portée du *jus cogens* au-delà du cadre conventionnel, hormis la phrase citée ci-dessus, mais la doctrine et la jurisprudence ont participé à cette entreprise. Il demeure certain que la nature de la règle violée aura un impact sur les conséquences qui découleront de la cette violation et sur les règles secondaires applicables.

Une théorie considère le *jus cogens* comme une technique de droit qui s'oppose « à la fragmentation d'un régime juridique objectif ou intégral en des rapports juridiques particuliers *ratione personae* en raison de l'existence d'un intérêt collectif ». Au regard de cette conception, les actes unilatéraux matériels sont distingués des actes unilatéraux juridiques, qui ont une force normative. Seuls ces derniers, qui sont à proprement parler une source du droit, sont soumis au *jus cogens*, au regard de leur validité, mais non de leur licéité. La licéité relève du domaine de la responsabilité internationale des Etats, et non du *jus cogens*. La promesse, la reconnaissance, la renonciation, la protestation et, éventuellement la notification sont cités comme exemples. Pour Robert Kolb, l'acte unilatéral juridique ne déroge pas au régime général établi par la norme impérative de la même manière qu'un accord. L'interdiction de dérogation constitue, non plus une restriction à la liberté de conclure des traités eu égard de leur contenu, mais une limitation au pouvoir de créer des normes juridiques particulières. Le *jus cogens*, uniquement défini par son effet - l'indérogeabilité - est conçu comme une technique juridique inhérente au droit: le *jus cogens* interdit la fragmentation de certains régimes juridiques généraux en régimes plus restreints. Aussi bien une coutume, qu'un acte juridique unilatéral sont capables de mettre en place des régimes juridiques restreints, car ils sont des sources du droit international; par conséquent le *jus cogens* s'applique également à eux.<sup>385</sup> La section consacrée aux fonctions de l'indérogeabilité des

---

<sup>383</sup> Sztucki distingue également la violation de la dérogation, voir *supra*, **notes de bas de page 56**.

<sup>384</sup> Diaconu ajoute que « cette extension enlèverait toute autonomie à la notion de normes impératives, par la confusion avec celle des normes obligatoires, et jetterait un doute sur le force obligatoire des normes positives, par l'affirmation que des actes contraires à ces normes peuvent produire des effets *inter se*. Or, toutes les normes de droit international sont obligatoires et leur violation engage la responsabilité internationale de l'Etat coupable. », DIACONU, Ion, *Contribution à l'étude du jus cogens...*, p. 30

<sup>385</sup> KOLB, Robert, *Le Jus cogens international...* pp. 83-98. Soulignons que la Cour internationale de Justice a affirmé que les actes unilatéraux pouvaient produire des effets juridiques: « Il est reconnu que des déclarations revêtant la

normes impératives reviendra sur cette approche (**D.5.**), mais il peut être déjà affirmé, que même si le *jus cogens* possède une fonction technique, il ne peut être réduit à cette dernière. Une application mécanique de l'indérogeabilité à toute norme, indépendamment de sa source, ne semble pas réellement correspondre à la réalité pratique.

### c. Applications concrètes

Même si le *jus cogens* n'a été cité que rarement par rapport à la validité d'un traité contraire, il a, par contre, été fréquemment invoqué en relation avec un fait illicite attribuable à un Etat ou à un de ses organes ou relativement à une loi nationale. Les normes impératives ont été mentionnées de manière expresse ou employées en filigrane d'un raisonnement, devant des instances nationales ou internationales, dans des domaines variés, tels que les droits de passage à travers un territoire,<sup>386</sup> la protection des droits de l'homme,<sup>387</sup> le droit des immunités, le droit international humanitaire,<sup>388</sup> le droit de la mer,<sup>389</sup> le droit à l'auto-détermination des peuples,<sup>390</sup> dans le domaine de l'extradition,<sup>391</sup> ou encore relativement à l'emploi de la force<sup>392</sup> et à la légalité des résolutions du Conseil de sécurité.<sup>393</sup> Rappelons également l'opinion individuelle du juge Lauterpacht jointe à l'ordonnance du 13 septembre 1993 dans l'affaire relative à l'application de la Convention pour

---

*forme d'actes unilatéraux et concernant des situations de droit ou de fait peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques (...)* » Et, *Affaire des Essais Nucléaires*, Nouvelle-Zélande v. France, Fond, Recueil C.I.J 1974, arrêt du 20 décembre 1974, p. 267, § 43. La Cour confirme l'existence autonome des actes unilatéraux, ayant par eux-mêmes une portée juridique indépendante. Toutefois, ces actes unilatéraux doivent remplir certaines conditions pour produire des effets de droit. Voir les paragraphes 44 à 46 de l'arrêt mentionné ci-dessus.

<sup>386</sup> *Affaire du droit de passage en territoire indien*, Portugal v. Inde, C.I.J Recueil 1960, arrêt du 12 avril 1960, p. 133, § 29 (Opinion dissidente du juge Fernandez)

<sup>387</sup> *Affaires du Sud-ouest Africain*, Ethiopie v. Afrique du Sud/ Libéria v. Afrique du Sud, 2<sup>ème</sup> phase, fond, Recueil C.I.J 1966, 18 juillet 1966, p. 298 (Opinion dissidente du juge Tanaka, voir **Annexe VI. A. 1. i.**)

<sup>388</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, C.I.J Recueil 1996, Avis consultatif, du 9 juillet 1996, p. 29, § 83 et pp. 4-5, § 21 et *Conséquences Juridiques de l'Edification d'un Mur dans le Territoire Palestinien Occupé*, Recueil C.I.J 2004, Avis consultatif du 9 juillet 2004, p. 67, § 157

<sup>389</sup> *Affaire du Plateau Continental de la Mer du Nord*, République Fédérale d'Allemagne v. Danemark/Pays-Bas, Recueil C.I.J 1969, fond, arrêt du 20 février 1969, pp. 41-42, § 72 et *Affaire relative à la délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Myanen*, Danemark v. Norvège, Recueil C.I.J. 1993, arrêt du 14 juin 1993, p. 109 (Opinion individuelle du juge Oda)

<sup>390</sup> *Affaire relative au Timor Oriental*, Portugal v. Australie, fond, Recueil C.I.J 1995, 30 juin 1995, p. 131 (Opinion individuelle du juge Ranjeva)

<sup>391</sup> *Kindler v. Canada*, Comité des droits de l'homme, Communication No. 470/1991, U.N. Doc. CCPR/C/48/D/470/1991 (1993), 30 juillet 1993; *Chitlat Ng v. Canada*, Comité des droits de l'homme, Communication N° 469/1991, U.N. Doc. CCPR/C/49/D/469/1991 (1994), 5 novembre 1993. Dans les cas d'extradition, il est vrai que la question se pose relativement à un potentiel conflit entre un traité d'extradition et une norme impérative ; et *Suresh v. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, Cour suprême du Canada, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, 11 janvier 2002

<sup>392</sup> *Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Nicaragua v. Etats-Unis d'Amérique, Recueil C.I.J 1986, fond, arrêt du 27 juin, pp. 100-101, § 190, p. 153 (Opinion individuelle du Président Singh), pp. 199-200 (Opinion individuelle du juge Sette-Camara)

<sup>393</sup> *Yassin Abdullah Kadi v. Conseil de l'Union Européenne*, Affaire T-315/01, arrêt du 21 septembre 2005, § 230: « *International law permits that there exists one limit to the principle that resolutions of the Security Council have binding effect: namely, they must observe the fundamental peremptory provisions of jus cogens. If they fail to do so, however improbable that they may be, they would bind neither the Member States of the United Nations, nor in consequence, the Community.* »

*la prévention et la répression du crime de Génocide*, entre la Bosnie-Herzégovine et la Serbie-Monténégro, où il affirme que le *jus cogens* prévaut sur les dispositions de la *Charte des Nations Unies*, ainsi que sur les résolutions du Conseil de sécurité, en cas de conflit.<sup>394</sup> Par souci de concision, seul un nombre limité de domaines du droit international, où le *jus cogens* semble être particulièrement pertinent, sera considéré.

*i. Droit de la responsabilité internationale des Etats*

L'élaboration du *texte d'articles sur la responsabilité internationale des Etats* (ci-après articles sur la responsabilité des Etats) a étendu dans une certaine mesure l'opérabilité des normes impératives en dehors du droit des traités, en interdisant l'applicabilité des circonstances excluant l'illicéité à des situations impliquant la violation de normes impératives.<sup>395</sup> Par exemple, un Etat victime d'une violation d'une norme impérative ne peut donner son consentement, afin de laver le fait commis de son illicéité, car l'impérativité de la norme a pour effet d'annuler les effets découlant du consentement de l'Etat lésé. La dérogation « consensuelle » est donc également prohibée. Le *jus cogens* étend certains de ses effets et conséquences à un acte unilatéral dans ce cas de figure.<sup>396</sup> La même constatation peut être faite pour la légitime défense, l'état de nécessité et les contre-mesures.<sup>397</sup> L'article 50 rappelle que ces dernières ne peuvent affecter des normes impératives du droit international général. Le *jus cogens* s'applique par conséquent indépendamment des circonstances extérieures à la norme ou de la conduite individuelle des sujets impliqués.<sup>398</sup>

Un point mérite d'être soulevé à ce stade: si un acte unilatéral étatique est en contravention avec une norme impérative, la nullité va-t-elle automatiquement frapper celui-ci? Un acte unilatéral, contrairement à un traité, peut avoir ses origines dans le droit interne d'un Etat. Les relations qu'entretiennent le droit de l'Etat en question et le droit international détermineront dans ce cas précis, si l'acte produira ou non des effets au niveau interne, en fonction des lois nationales en la

---

<sup>394</sup> Opinion individuelle du juge Lauterpacht, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de Génocide*, Bosnie-Herzégovine v. Serbie-Monténégro, Ordonnance du 13 septembre 1993, Nouvelles demandes en indication de mesures conservatoires, C.I.J Recueil 1993, § 100 Le **Chapitre IV** reviendra sur les relations entre *jus cogens* et l'article 103 de la *Charte des Nations Unies*.

<sup>395</sup> Article 26 des articles.

<sup>396</sup> Nous doutons que la détresse ou la force majeure ne puissent être jamais invoquées pour justifier une violation d'une norme impérative. Lorsqu'un Etat ne peut éviter une telle violation, en raison de facteurs extérieurs à sa volonté, l'illicéité, même dans le cas d'une norme de *jus cogens*, peut être écarté.

<sup>397</sup> « Ainsi, il n'est pas permis à un Etat prenant des contre-mesures de déroger à une telle norme: un génocide, par exemple, ne saurait justifier un contre-génocide. », Commentaire des articles sur la responsabilité des Etats, article 26, disponible at [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/commentaires/9\\_6\\_2001\\_francais.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/commentaires/9_6_2001_francais.pdf), consulté le 29 novembre 2011. Voir commentaire de l'article 50 : « A l'évidence, les normes impératives, auxquelles les Etats ne peuvent déroger même par traité, ne peuvent faire l'objet d'une dérogation unilatérale sous la forme de contre-mesures. »

<sup>398</sup> Par exemple, l'interdiction de la torture vaut indépendamment de l'attitude de la victime, l'interdiction du recours à la force ne dépend pas du but dans lequel la force est employée ou de l'attitude de l'Etat contre lequel elle est utilisée.

matière, qui varieront selon que le système soit moniste ou dualiste.<sup>399</sup> D'ailleurs, *les articles sur la responsabilité internationale des Etats* ne mentionnent nulle part la question de la nullité. L'acte qui transgresse une norme impérative entraînera la responsabilité de l'Etat et engendra les conséquences prévues à l'article 41. L'introduction, à l'article 40, de la notion de violation grave de normes impératives de droit international général a indubitablement octroyé au *jus cogens* l'opportunité d'étendre son champ et sa portée, tant au niveau des conséquences pour l'Etat violateur, que des obligations pour les Etats tiers, qu'au niveau du droit d'invoquer la responsabilité internationale du coupable.

L'article 41 ne génère cependant pas des effets supplémentaires pour l'Etat coupable, par rapport à ce qui est prévu pour les violations ordinaires. Le fardeau est placé sur la communauté internationale des Etats, qui a l'obligation de coopérer pour mettre fin à la transgression. De plus aucun Etat ne doit reconnaître une situation créée par une violation grave, ni aider à son maintien : conséquence normale, si l'on accepte que l'indérogeabilité du *jus cogens* l'emporte également sur les actes unilatéraux des Etats. L'importation du *jus cogens* en droit de la responsabilité internationale influence donc la reconnaissance des nouveaux Etats. De cette obligation découle le constat que tout Etat issu d'un acte d'agression ou de violations massives des droits de l'homme ne saurait être reconnu par la communauté internationale. Le *jus cogens* prime ici sur la réalisation d'un acte unilatéral, la reconnaissance, conçue traditionnellement, comme relevant du domaine réservé de l'Etat.

La confusion qui entoure le lien entre *jus cogens*, violations graves de normes impératives, *obligations erga omnes* et responsabilité internationale des Etats sera mise en exergue.<sup>400</sup> Il ne ressort pas de la pratique que les Etats mettent réellement en œuvre leurs obligations en cas de violations de normes de *jus cogens*.<sup>401</sup> De plus, aucun consensus n'existe sur la question de savoir si tout Etat, ou la communauté internationale dans son ensemble, a une obligation juridique

---

<sup>399</sup> Voir *The United Nations Report on Protection of Human Rights in Chile*, où il est question d'un décret-loi autorisant l'amnistie d'agents gouvernementaux coupables d'avoir tué ou fait disparaître des détenus. Le rapport, au lieu d'insister sur la nullité du décret, a préféré mettre l'accent sur son incompatibilité avec les obligations du Chili en vertu des *Conventions de Genève de 1949*. UN Doc. A/34/583/Add.1, §98

<sup>400</sup> Partie **II. D. 2. b.**

<sup>401</sup> « *Indeed, it is argued that formal recognition that the relevant norms of jus cogens has had little impact in terms of state practice and that there have been many motives for responding, as was probably the case in the rapid reaction by the Security Council to Iraq's invasion of Kuwait that was arguably due, even in part to the significant interest in protecting Kuwait's oil and petroleum resources. Where states have responded to large-scale human rights breaches and thus sought to protect the interests of more than just states, it has usually been without express regard to the strict jus cogens designation of the norm that was breached.* », YARWOOD, Lisa, « *State Accountability under International Law: Holding States Accountable for a Breach of Jus Cogens Norms* », London/New York, Routledge, 2011, pp. 161-162

d'assurer le respect des normes de *jus cogens*, la CIJ ayant refusé le concept d'un *actio popularis* général dans les *Affaires du Sud-ouest africain*.<sup>402</sup> L'article 48 *des dispositions sur la responsabilité des Etats* prévoit que tout Etat peut invoquer la responsabilité d'un autre Etat, si l'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble. Le doute persiste quant à la définition de cette expression « tout Etat » : s'agit-il réellement de n'importe quel Etat, de l'Etat qui a la volonté et la capacité de répondre à une telle violation ou un Etat qui agit au nom de l'Etat lésé ? Le commentaire précise certes que l'article 48 n'impose pas aux Etats d'agir ensemble ou de concert. La Commission a reconnu que cet effet pourrait être plus théorique que pratique, « un *État invoquant la responsabilité au titre de l'article 48 et réclamant davantage qu'une mesure déclaratoire et la cessation peut être appelé à établir qu'il agit dans l'intérêt de la partie lésée.* »<sup>403</sup> Dans la sphère de la responsabilité internationale des Etats, le concept de *jus cogens* a été majoritairement employé pour renforcer la pratique en la matière, « *a tool used here to rationalize and articulate that phenomenon [i.d. state accountability practice]* ». <sup>404</sup>

#### ii. *Jus cogens et adaptation des lois internes: le cas de la Suisse*

A ces nombreuses tentatives d'addition d'effets au *jus cogens*, l'affaire *Furundzija* a également pourvu ce dernier d'un impact au niveau intra-étatique : le *jus cogens* serait une limite au processus législatif interne.<sup>405</sup> Le Tribunal Fédéral suisse a adopté une position assez progressiste relativement à la conformité du droit suisse au *jus cogens*. En 1996, le deux Chambres du Parlement ont invalidé un amendement violant le principe du non-refoulement.<sup>406</sup> Le Conseil Fédéral déclara que ce principe constituait une norme de *jus cogens*. Toute déportation d'un individu ayant quitté son pays vers une nation, où il risque d'être soumis à la torture ou à des traitements inhumains ou dégradants constitue une violation d'une norme impérative, catégorie de normes perçues comme inhérentes à l'état de droit ; toute violation de l'une d'elle affecterait gravement le *Rechtsstaat*. En 1999, une nouvelle disposition, qui empêchait l'emploi du processus d'initiative pour adopter un amendement violant des normes de *jus cogens*, fut introduite dans la Constitution.<sup>407</sup> De plus, les articles 193 (4) et 194 (2) stipulent que toute révision totale ou partielle de la constitution doit respecter les normes impératives du droit international

---

<sup>402</sup> *Affaire du Sud-ouest africain*, Libéria v. Afrique du Sud, Deuxième Phase, arrêt du 18 juillet 1996, § 47.

<sup>403</sup> Voir commentaire de l'article 48, p. 348, § 12, disponible at

[http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/commentaires/9\\_6\\_2001\\_francais.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/commentaires/9_6_2001_francais.pdf), consulté le 8 décembre 2011.

<sup>404</sup> YARWOOD, Lisa, «State Accountability under International Law,...», p. 161.

<sup>405</sup> WET, Erika de, « The Prohibition of torture as an International Norm of jus cogens and its implications for National and Customary Law », *European Journal of International Law*, vol. 15, n° 1, 2004, p.101-105

<sup>406</sup> *Bunderbeschluss über die Volksinitiative für eine Vernünftige Asylpolitik*, 14 Mars 1996.

<sup>407</sup> Article 139: Initiative populaire rédigée tendant à la révision partielle de la Constitution

Déjà avant la révision de la Constitution, le Tribunal Fédéral annula à deux reprises des clauses conventionnelles en raison de leur incompatibilité avec des normes impératives et rejeta des requêtes en extradition de la part des autorités tunisiennes et argentines, en affirmant que les interdictions de la torture et du non-refoulement formaient des principes d'ordre public.<sup>408</sup> Dans les deux cas, les normes impératives prirent le dessus sur des traités d'extradition incorporés au droit suisse et applicables au cas d'espèce. Cette attitude des autorités suisses est une reconnaissance de l'influence du *jus cogens* sur le processus législatif interne : la législation suisse doit respecter les normes impératives.

Toutefois, cette approche s'est révélée être quasiment unique. Le *jus cogens* n'a pas changé les relations qu'entretiennent le droit interne et le droit international.<sup>409</sup> Les quelques exemples contemporains de jurisprudence démontrent une réticence des instances à trancher un différend sur la base du *jus cogens*, ou tout du moins exclusivement sur cette base. La norme impérative intervient dans le raisonnement juridique le plus souvent en tant qu'argument supplétif venant renforcer les autres fondements ayant permis d'atteindre la décision.

« *It may also provide guideposts for domestic law, by pointing to the bare minimum of international ground rules even for sovereign nation States.* »<sup>410</sup>

### *iii. Jus cogens et immunités souveraines de l'Etat et de ses agents*

La question de savoir si les violations de normes de *jus cogens*, en raison de leur supériorité normative présumée, peuvent invalider l'immunité, dont un Etat ou un des ses organes peuvent se prévaloir en vertu du droit international reste extrêmement controversée. Un Etat ou un de ses organes peuvent-ils être immunisés contre toute procédure judiciaire, poursuite et exécution, ceci même, s'ils sont accusés d'avoir transgressé des normes de *jus cogens* ? Rien n'empêche un Etat de renoncer expressément à son immunité en devenant partie à un traité réduisant l'étendue de l'immunité souveraine.<sup>411</sup> L'interrogation qui se pose ici est celle de la présence de cette immunité

---

<sup>1</sup> 100 000 citoyens et citoyennes ayant le droit de vote peuvent, dans un délai de 18 mois à compter de la publication officielle de leur initiative, demander la révision partielle de la Constitution sous la forme d'un projet rédigé.

<sup>2</sup> Lorsqu'une initiative populaire ne respecte pas le principe de l'unité de la forme, celui de l'unité de la matière ou les règles impératives du droit international, l'Assemblée fédérale la déclare totalement ou partiellement nulle.

<sup>3</sup> L'initiative est soumise au vote du peuple et des cantons. L'Assemblée fédérale en recommande l'acceptation ou le rejet. Elle peut lui opposer un contre-projet.

<sup>408</sup> Exemples cités par SHELTON, Dinah, « Normative Hierarchy in International Law », *American Journal of International Law*, vol. 100, 2006, p. 316

<sup>409</sup> « States are not ready to outsource the recognition of legal effect in the domestic legal order to the international community as a whole. », PAULUS, Andreas S., « Jus Cogens in a Time of Fragmentation and Hegemony », p. 323

<sup>410</sup> *Ibidem*, p. 332

<sup>411</sup> Certaines conventions prévoient la non-pertinence de la qualité officielle de l'agent ayant commis l'acte : *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, article VI, article 7 du Statut du TPIY, article 6 du Statut du TPIR, article 6 du Statut de la Cour spéciale pour la Sierra Leone; d'autres impliquent la renonciation à l'immunité : *Convention contre la torture*, articles 1 et 7 et les *Conventions de Genève de 1949*, articles

en droit international coutumier. L'argument principe des défenseurs du *jus cogens* est que la dimension impérative de la norme violée entraînerait automatiquement l'impérativité de la norme procédurale qui en découle, sinon cela équivaldrait à fournir une impunité totale à l'Etat : *ubi jus, ibi remedium*.<sup>412</sup> Une partie de la doctrine répond que des remèdes autres que le recours judiciaire existent en droit international, comme la répression pénale ou la protection diplomatique, et que le droit d'accès à la justice doit être clairement dissocié de la nature de la norme violée.<sup>413</sup> En outre, la *Convention sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leur Propriété*, adopté par l'Assemblée générale en 2004, ne prévoit pas d'exceptions à cette immunité, pour des cas issus de violations du *jus cogens*.<sup>414</sup> Ce problème a été principalement invoqué en relation avec des violations du droit international des droits de l'homme, devant des instances nationales et internationales. Les diverses juridictions ont conclu dans la majorité des cas qu'il n'existait pas pour le moment d'exceptions issues de normes impératives à la règle générale de l'immunité. Soulignons que la question fut soulevée dans des procédures civiles, aussi bien que pénales.

Cependant, il est des occurrences, où l'immunité a été levée, mais il est difficile de proclamer qu'une jurisprudence homogène se soit développée depuis lors. Le cas d'Augusto Pinochet est en la parfaite illustration. Le *jus cogens* fut mentionné dans cette affaire relativement à la problématique de l'immunité d'un ancien chef d'Etat étranger, suspecté d'avoir commis, dans l'exercice de ses fonctions, des actes de torture. Le raisonnement de la plupart des Lords britanniques ne se fonda finalement pas sur le *jus cogens*, car la loi britannique (*State Immunity Act* et la loi incorporant la *Convention des Nations Unies sur la torture*) couvrait le différend.<sup>415</sup> Le jugement du 24 mars 1999 de la Chambre des Lords reconnut néanmoins que le Général Pinochet n'était pas protégé par son immunité pour les actes de torture commis, constitutifs de crimes contre l'humanité en l'espèce. Lord Steyn affirma que les actes perpétrés constituaient des actes privés et, qu'ils ne pouvaient donc être couverts par l'immunité. Ici, le *jus cogens* a servi de justification

---

49/50/129/146. Le statut de la Cour pénale internationale mentionne explicitement les immunités à son article 27§2, qui stipule que les immunités diplomatiques existantes en droit international n'affectent pas la compétence de la cour.

<sup>412</sup> MCGREGOR, Lorna, « Torture and State Immunity », *European Journal of International Law*, vol. 18, N°5, 2007, pp. 906-912

<sup>413</sup> FOCARELLI, Carlo, « Immunité des Etats et Jus Cogens », ... 764. Voir FOX, Hazel, *The Law of State Immunity*, Oxford, oxford University Press, 2008, p. 141: « ...any violations of international law may only be made subject to adjudication...with the consent of the alleged wrongdoer State. »

<sup>414</sup> « ...the interaction between immunity and jus cogens norms did not seem to ripe enough for the Working Group to engage in a codification exercise over it. », UN Chairman of the Working Group on jurisdictional immunities of States and their property, UN Doc. A/C.6/54/L.12, 12 November 1999, § 47.

« Les divers arguments avancés pour justifier les exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'Etat ne sont pas suffisamment convaincants. », *Deuxième Rapport sur l'immunité des représentants de l'Etat devant la juridiction pénale étrangère*, par le Rapporteur spécial Kolodkin, A/N.4/631, Commission du droit international, 62<sup>ème</sup> session, mai-août 2010, 10 juin 2010, § 94, p. 63

<sup>415</sup> *B.R. v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte*, House of Lords, 25 novembre 1998 et 24 mars 1999

pour l'exercice de la juridiction par un Etat étranger sur un individu, et ceci indépendamment de sa position officielle.<sup>416</sup> La responsabilité pénale de l'auteur présumé peut être engagée et la compétence peut être exercée sur la base du principe d'universalité. Pour reprendre les termes de Lord Millett: « *On ne peut supposer que le droit international ait institué un crime relevant du jus cogens tout en prévoyant une immunité ayant la même portée que l'obligation qu'il cherche à imposer* ». <sup>417</sup> Pour la première fois, une instance nationale a refusé l'immunité à un ancien chef d'État pour des actes perpétrés, alors qu'il était dans l'exercice de ses fonctions.

Les Cours suprêmes grecque et italienne ont également reconnu que les crimes allemands commis par les Nazis pendant la Deuxième Guerre mondiale n'étaient pas couverts par les immunités souveraines, même s'il semble difficile d'affirmer que le *jus cogens* ait été le fondement unique de ces décisions.<sup>418</sup> En effet, les juges ne se sont pas basés sur la suprématie formelle du *jus cogens*, mais plutôt sur l'importance substantielle attribuée aux valeurs protégées. Il n'a pas été dit que les normes impératives possédaient une priorité automatique sur le principe d'immunité. Le raisonnement a mené à une mise en balance de deux principes fondamentaux du droit international, l'immunité souveraine et l'inviolabilité des droits de la personne.<sup>419</sup> La Cour de cassation italienne et l'*Areios Pagos* grec ont indubitablement suivi la tradition moniste, interprétant la règle de l'immunité et le *jus cogens* comme des règles de droit international, directement incorporées en droit interne.

---

<sup>416</sup> La majorité des juges considérèrent que les actes commis ne pouvaient entrer dans le cadre des fonctions officielles. La torture, les prises d'otages et les crimes contre l'humanité ne peuvent jamais être considérés comme actes de *jure imperii*. Le même argument fut utilisé par une Cour américaine dans l'*affaire Hilao v. Marcos*, Court of Appeals, Ninth Circuit, 17 décembre 1996, impliquant une procédure civile contre l'ancien dictateur philippin.

<sup>417</sup> *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (no 3)*, 24 mars 1999, House of Lords, ILR vol. 119, p. 136

<sup>418</sup> «...both the territorial nexus and the consequent applicability to the case of the tort exception qua customary law leave doubts about the cogency of the jus cogens argument.», BIANCHI, Andrea, « Human Rights and the Magic... », p. 501

<sup>419</sup> Voir à ce sujet, BANTEKAS, Ilias, « Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany, Case n° 137/1997 », *American Journal of International Law*, vol. 92, N°4, 1998, pp. 765-768; BANTEKAS, Ilias, GAVOUNELI, Maria, « Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany, Case n° 11/2000 », *American Journal of International Law*, vol. 95, N°1, 2001, pp. 198-204; IOVANE, Massimo, « The Ferrini Judgement of the Italian Supreme Court: Opening up domestic courts to claims of reparation for victims of serious violations of human rights », *The Italian Yearbook of International Law*, vol. 14, 2004; DE SENA, Pasquale, DE VITTOR, Francesca, « State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case », *European Journal of International Law*, vol. 16, n°1, 2005, pp. 89-112

Andrea Bianchi considère que dans ces jugements, les cours ont intégré leur raisonnement au sein d'un cadre plus large: la notion d'ordre public international, dont les normes impératives constituent les piliers, a été l'élément décisif qui a mené à la levée de l'immunité de juridiction, in BIANCHI, Andrea, « Human Rights and the Magic... », p. 501

Dans l'affaire *Distomo*,<sup>420</sup> la Cour de Cassation grecque a refusé l'immunité à l'Allemagne pour les actes perpétrés par les Nazis, qu'elle assimila à des violations de règles impératives du droit des conflits armés. Ces comportements n'ont pu être qualifiés d'actes souverains et la commission de tels actes avait entraîné une renonciation implicite de l'Etat à son immunité. Les juges présumèrent de l'existence d'une exception coutumière aux immunités souveraines, dans les cas où l'Etat du for est le même que sur le territoire duquel la conduite illégale s'est produite. Le *jus cogens* fut exclusivement utilisé, afin de dissiper toute hésitation quant à l'application de cette exception. Néanmoins, le *Bundesgerichtshof* allemand, auquel l'affaire fut soumise, afin de savoir si la décision pouvait avoir des effets dans l'ordre juridique interne allemand, posa sans ambiguïté que la tendance visant à refuser les immunités aux Etats étrangers, lorsque l'Etat est accusé de violations de normes impératives, ne reflète pas le droit international en vigueur.<sup>421</sup> Le différend fut soumis à la Cour de Cassation italienne, qui refusa d'octroyer l'immunité à l'Allemagne, se basant notamment sur la gravité des crimes commis, « *marquant le point de rupture de l'exercice tolérable de la souveraineté* ». <sup>422</sup>

Dans l'affaire *Ferrini*,<sup>423</sup> la Cour suprême italienne conclut qu'un Etat étranger ne pouvait se prévaloir de son immunité pour des actes souverains *de jure imperii*, si ceux-ci constituaient des crimes internationaux ou des violations de règles impératives, car ces infractions sont considérés comme contraires aux valeurs universelles partagées par l'ensemble de la communauté internationale. La Cour a eu recours au *jus cogens* essentiellement pour souligner l'importance particulière des valeurs protégées par les normes violées, ainsi que la gravité des violations.<sup>424</sup> Rappelons que les crimes examinés lors de cette affaire, furent commis en Italie, contrairement à d'autres cas, qui traitèrent d'actes commis en dehors de l'Etat du for.<sup>425</sup> Deux conclusions

---

<sup>420</sup> *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, Case N° 11/2000, Areios Pagos Grec, décision du 4 mai 2000.

<sup>421</sup> *Distomo*, Bundesgerichtshof, décision du 26 juin 2003.

La Cour suprême grecque ne confirma pas les conclusions atteintes dans l'arrêt *Distomo* dans ses arrêts ultérieurs. Voir *Germany v. Margellos*, Case N° 6/17-9-2002, jugement du 17 septembre 2002, § 14. Egalement dans le même sens devant la Cour européenne des droits de l'homme, *Affaire McElhinney v. Irlande*, Requête n° 31253/96, *Cour européenne des droits de l'homme*, jugement du 21 novembre 2001, § 38 : « *la Cour observe qu'il semble exister en droit international et comparé une tendance à limiter l'immunité des Etats en cas de dommages corporels dus à un acte ou une omission survenus dans l'Etat du for, mais que cette pratique n'est nullement universelle.* »

<sup>422</sup> FOCARELLI, Carlo, « Immunité des Etats et Jus Cogens... » p. 767

<sup>423</sup> *Ferrini v. Federal Republic of Germany*, Cour de Cassation, jugement n° 5044, 11 mars 2004.

<sup>424</sup> La Cour de Cassation emploie indifféremment les termes de *jus cogens* et de crimes internationaux, assumant que les deux catégories ont le même contenu, voir DE SENA, Pasquale, DE VITTOR, Francesca, « State Immunity and Human Rights... », p. 100. Ces normes prévalent sur toute autre norme, quelque soit sa source, en raison de leur supériorité normative, voir §9.

<sup>425</sup> Le jugement *Ferrini* a été confirmé dans des affaires subséquentes portées devant la Cour de Cassation, *Borri v. Argentina*, Décision N° 6532, 27 mai 2005; *Lozano*, jugement N° 24 juillet 2008, et dans 12 ordonnances, Ordonnances N° 14201 à 1412 du 29 mai 2008 et *Procedimento penale a carico di Milde*, arrêt de la Cour de cassation, N° 1972, datée du 13 janvier 2009.

supplémentaires, étendant les effets issus d'une violation d'une norme de *jus cogens* au-delà de la simple nullité de l'acte contraire, peuvent par conséquent être déduites: l'exercice de la juridiction civile peut avoir lieu sur la base du critère de l'universalité et le droit de rechercher réparation est de moins en moins soumis aux limitations statutaires traditionnelles. Le raisonnement de la Cour de Cassation demeure toutefois juridiquement faible, car il fut basé sur une incertitude :

« (...) le fait...qu'il n'existe pas, au demeurant, une coutume internationale sûre explicite l'idée, selon laquelle le principe de l'immunité de l'Etat étranger de la juridiction civile pour les actes commis par celui-ci de *jure imperii*...puisse être dérogée en présence d'actes d'une telle gravité (...) de la même façon, [les décisions précitées] ne peuvent être réputées comme exprimant une coutume contraire. »

L'Allemagne a porté l'affaire devant la CIJ, estimant que la décision dans l'affaire *Ferrini* et les décisions subséquentes avaient violé son immunité et avaient porté atteinte de manière systématique et répétée à sa souveraineté.<sup>426</sup> Malgré les arguments italiens, rappelant que les règles violées par l'Allemagne entre 1943 et 1945 relevaient du *jus cogens*, que celui-ci prime sur toute règle contraire du droit international, quelque soit sa source et que par conséquent, la règle de l'immunité de l'Etat devait être écartée, la Cour refusa de se prononcer. Elle se borna à souligner l'inexistence d'un conflit et distinguer entre la nature du *jus cogens* et la règle relative à l'immunité :

« Par conséquent, cet argument repose sur l'existence d'un conflit entre une règle, ou des règles, de *jus cogens* et la règle de droit coutumier qui fait obligation à un Etat d'accorder l'immunité à un autre. Or, de l'avis de la Cour, pareil conflit n'existe pas...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 sur la question de savoir si le comportement à l'égard duquel les actions ont été engagées était licite ou illicite. »<sup>427</sup>

Accorder l'immunité à un Etat, même si celui est responsable d'infractions à une ou plusieurs normes de *jus cogens*, ne constitue pas une dérogation et, de ce fait, ne contredit pas la définition de la *CVDT*. Cette position timide, assurément motivée par la peur des conséquences potentielles engendrées par un arrêt suspendant l'immunité de l'Allemagne, limite la possibilité de mettre en œuvre le *jus cogens*.<sup>428</sup> L'Opinion dissidente du juge Cançado Trindade, qui rappelle la vocation

---

<sup>426</sup> *Affaire concernant les immunités de juridiction*, République fédérale d'Allemagne v. Italie, Cour internationale de Justice, voir la requête de l'Allemagne, 22 décembre 2008, § 13.

<sup>427</sup> *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, Allemagne v. Italie, Grèce intervenant, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J. 2012, arrêt du 3 février 2012, § 93. Elle continue: « Une règle de *jus cogens* est une règle qui ne souffre aucune dérogation, mais les règles qui déterminent la portée et l'étendue de la juridiction, ainsi que les conditions dans lesquelles cette juridiction peut être exercée, ne dérogent pas aux règles de nature matérielle ayant valeur de *jus cogens*, et il n'est rien d'intrinsèque à la notion de *jus cogens* qui imposerait de les modifier ou d'en écarter l'application. »

<sup>428</sup> « Yet another reason for the betting-office not to take bets at this time is that the ICJ is always very considerate of the systemic effects of its own rulings. How could it possibly uphold the claim that international law allows individuals to seek redress against States before the municipal courts of other States for human rights violations? All the more so as regards violations committed during armed conflict and dating as far back as WW II. This would have opened the door to a flow of litigation before municipal courts that might have disrupted the whole system. », BIANCHI, Andrea,

dynamique du droit et la nécessité de prendre en compte les nouvelles valeurs centrées sur l'individu dans l'application des règles, se doit d'être soulignée:

« *State immunities are, after all, a prerogative or a privilege, and they cannot keep on making abstraction of the evolution of international law, taking place nowadays, at least in the light of fundamental values.* »<sup>429</sup>

Considérant en outre que les crimes de droit international et les violations graves des droits de l'homme et du DIH, infractions à des règles impératives, ne doivent pouvoir être couverts par les immunités (§52), car toute immunité est un obstacle à la jouissance par les victimes de leur droit d'accès à la justice,<sup>430</sup> le juge réaffirme son opposition à la « *posture of stagnation in respect of jus cogens whenever claims of State immunity are at stake* »<sup>431</sup>, approche qui mène au final à une destruction du *jus cogens* et qui le prive de ses effets et de ses conséquences.

La Cour internationale de Justice s'est déjà montrée relativement craintive sur cette question, notamment dans l'*affaire du Mandat d'Arrêt*, cas qui concernait la délivrance par la Belgique d'un mandat d'arrêt contre le ministre des Affaires Etrangères du Congo. Ce dernier était accusé de crimes contre l'humanité et de violations graves au droit humanitaire, actes qui selon la loi belge lui permettait de poursuivre l'accusé sur la base de la compétence universelle. La Cour arriva à la conclusion que l'immunité d'un ministre des Affaires étrangères était absolue, non seulement pendant la durée de son mandat, mais aussi après la fin de celui-ci. Toutefois, un ministre qui n'est plus en fonction peut être poursuivi pour des actes commis à titre privé pendant la durée de sa charge.<sup>432</sup> L'immunité fut perçue comme fonctionnellement et temporellement limitée, seuls un petit nombre d'officiels de haut rang pouvant s'en prévaloir et uniquement pendant la période de leur mandat. L'approche de la CIJ fut principalement justifiée par l'exigence de maintenir l'ordre et la paix dans les rapports entre les Etats.<sup>433</sup>

---

«On Certainty», *EJIL Talks*, 16 février 2012, disponible at <http://www.ejiltalk.org/on-certainty/#more-4504>, consulté le 15 mai 2012.

<sup>429</sup> § 40 de l'Opinion dissidente

<sup>430</sup> § 219: « *There is no room for the privilege of State immunity here; where there is no right of access to justice, there is no legal system at all. Observance of the right of access to justice is imperative, it is not "limited" by State immunity; we are here in the domain of jus cogens.* »

<sup>431</sup> § 288 de l'Opinion.

<sup>432</sup> Voir, *Affaire relative au Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, République Démocratique du Congo v. Belgique, fond, Recueil C.I.J 2002, 14 février 2002. Cette affaire démontra encore une fois l'impact concret limité du *jus cogens* en relation avec l'immunité d'un Ministre des affaires étrangères dans une procédure pénale: « *Certain holders of high-ranking office enjoy immunity from civil and criminal process,(...) no customary international law restricts their immunity even when they are suspected of having committed war crimes or crimes against humanity.* » (§§ 51-52) La Cour ne discuta pas du statut des normes de *jus cogens*, ni de leurs effets sur l'immunité souveraine ou sur le droit de la Belgique d'exercer une compétence universelle à l'égard des actes commis. Pour un avis opposé, voir les opinions dissidentes des juges Van Wyngaert, §28 et Al-Khasawneh, § 7, refusant l'existence en droit coutumier d'une immunité absolue pour les ministres en fonction. Les deux juges affirmèrent qu'aucune immunité de juridiction ne peut être invoquée dans des situations impliquant des violations du *jus cogens*.

<sup>433</sup> § 71. Soulignons que la CIJ a précisé que les anciens ministres peuvent être poursuivis, pour des actes *de jure gestionis* commis pendant leur mandat, ainsi que pour tout acte commis avant ou après leur entrée en fonction. Voir,

Dans l'*affaire Al-Adsani*, la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu le droit du gouvernement koweïtien de se prévaloir de son immunité face à des allégations d'actes de torture commis par un officiel sur son territoire, le *jus cogens* ne pouvant être un substitut à une norme établie de droit international. Dans cette affaire, les juges ont distingué les cas impliquant une responsabilité pénale individuelle, où l'immunité peut être levée, comme pour le Général Pinochet, des procédures pouvant entraîner la responsabilité civile de l'Etat.<sup>434</sup> Ce raisonnement, qui fait dépendre l'octroi de l'immunité à la qualité du défendeur, selon qu'il soit un Etat ou un agent de celui-ci, tend à nier la valeur protégée par la norme primaire violée. Le maintien des relations pacifiques entre les Etats justifia une nouvelle fois le refus de lever l'immunité.<sup>435</sup> Selon l'instance de Strasbourg, le *trumping* effet du *jus cogens* se doit d'être limité au cas de violations flagrantes.<sup>436</sup> La Cour refusa de distinguer entre les actes perpétrés à titre privé de ceux commis dans l'exercice des compétences souveraines d'un Etat.<sup>437</sup> Ce jugement ne résulta que d'une majorité minime, à savoir 9 voix contre 8, ce qui témoigne néanmoins d'une certaine évolution des

---

ORAKHELASHVILI, Alexander, «State Immunity and International Public Order», *German Yearbook of International Law*, vol. 45, 2002, p. 243

<sup>434</sup> *Affaire Al-Adsani v. Royaume-Uni*, Requête no 35763/97, arrêt Strasbourg, 21 novembre 2001, § 61: « Certes, la Cour admet, sur la foi de ces précédents jurisprudentiels, que l'interdiction de la torture est devenue une règle impérative du droit international ; toutefois la présente affaire ne concerne pas, comme c'était le cas des décisions *Furundzija* et *Pinochet*, la responsabilité pénale d'un individu pour des actes de torture qui auraient été commis, mais l'immunité dont l'Etat jouit en cas d'action civile en dommages-intérêts pour des actes de torture qui se sont produits sur son territoire. Nonobstant le caractère particulier que le droit international reconnaît à la prohibition de la torture, la Cour n'aperçoit dans les instruments internationaux, les décisions judiciaires ou les autres documents en sa possession aucun élément solide lui permettant de conclure qu'en droit international un Etat ne jouit plus de l'immunité d'une action civile devant les cours et tribunaux d'un autre Etat devant lesquelles sont formulées des allégations de torture. » Pour un avis contraire, voir l'opinion dissidente jointe des juges Rozakis, Caflisch, Widlhaber, Costa, Cabral Barreto et Vajic, et l'avis des Lords Lloyd et Hutton dans l'*affaire Pinochet*, 1998 et 1999. Sur la question de l'immunité dans une procédure pénale, voir le Rapport de la Commission du droit international, 63<sup>ème</sup> session, UN Doc. A/66/10, avril-août 2011, Chapitre VII : « L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'Etat », § 113 : « ...l'immunité *ratione materiae* couvrait les actes accomplis par chaque représentant dans l'exercice de ses fonctions, et une violation d'une norme de *jus cogens* n'annulait pas nécessairement l'immunité. »

<sup>435</sup> Voir l'opinion concordante du juge Pellonpää : « Même s'il peut paraître à première vue très « progressiste » d'accorder la priorité absolue à la prohibition de la torture, un examen plus approfondi tend à confirmer que cette attitude risquerait de se révéler elle aussi une « victoire à la Pyrrhus ». La coopération internationale, y compris celle visant à éradiquer l'abomination qu'est la torture, présuppose que l'on préserve certains éléments du cadre essentiel à la conduite de relations internationales. Les principes en matière d'immunité des Etats participent de ce cadre de régulation et, selon moi, on favorise davantage une coopération internationale bien comprise en laissant ce cadre tel quel plutôt qu'en y changeant quelque chose. »

<sup>436</sup> Voir également devant la Cour européenne des droits de l'homme: *Affaire Fogarty v. Royaume-Uni*, Requête N° 37112/97, arrêt du 21 novembre 2001, *Affaire Kalogeropoulou et al. v. Greece and Germany*, Requête N° 59021/00, Décision sur l'admissibilité, 12 décembre 2002, *Affaire Manolescu et Dobrescu v. Roumanie et Russie*, Requête N° 60861/00, décision du 3 mars 2005 et *Affaire Treska Nikolaus et J. v. Albanie et Italie*, Requête 26937/04, décision du 29 juin 2006. La Cour a confirmé l'arrêt *Al-Adsani*, en se fondant sur le fait qu'il n'existât aucune règle de droit international au jour d'aujourd'hui, en vertu de laquelle les Etats ne seraient pas autorisés à invoquer leur immunité en cas de violations présumées de normes de *jus cogens*.

<sup>437</sup> « It treated immunity as a free-standing notion with absolute scope, unlikely to be affected by considerations of the nature of the acts complained of. », ORAKHELASHVILI, Alexander, «State Immunity and International Public Order», *German Yearbook of International Law*, vol. 45, 2002, p. 243

mentalités, qui tendraient à considérer le *jus cogens* comme possédant la force normative nécessaire, pour invalider toute règle ou tout principe de droit international.<sup>438</sup>

Les tribunaux américains, n'ont pas adopté une approche plus progressiste relativement à cette question. Ils acceptèrent toutefois de poursuivre quelques cas de violations de normes impératives en matière de droits de l'homme. Ils se fondèrent sur la législation nationale, à savoir l'*Alien Tort Claim Act* et le *Torture Victim Protection Act*, ainsi que sur le *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA) de 1976.<sup>439</sup> Une multitude de décisions menèrent au refus de lever l'immunité, en l'absence d'exception explicite.<sup>440</sup> En effet, l'article 1605 du FSIA n'envisage aucune exception en cas de transgressions de normes de *jus cogens* ou d'obligation en matière de droits de l'homme commises à l'étranger.<sup>441</sup> La Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Bouzari v. Iran* nia elle aussi que la violation de l'interdiction de la torture puisse supprimer l'immunité souveraine due à l'Etat iranien.<sup>442</sup>

---

<sup>438</sup> Voir l'opinion dissidente du juge Bravo: « *Domage ! La Cour avait eu, en se prononçant sur la violation de l'article 6 § 1, une occasion en or pour émettre une condamnation nette et forte de tout acte de torture. Pour ce faire, il lui suffisait de confirmer le sens profond de la jurisprudence de la Chambre des lords dans l'affaire Pinochet (voir le paragraphe 34 de l'arrêt), jurisprudence selon laquelle la prohibition de la torture a, aujourd'hui, caractère de jus cogens et, par conséquent, la torture est un crime de droit international.* »

<sup>439</sup> *Re Estate of Ferdinand E. Marcos Human Rights Litigation*, 9<sup>th</sup> District Court, 1992; *Doe v. Unocal Corporation*, Court District, California, 2000: la Cour s'est essentiellement fondée sur la nature impérative de la norme violée, à savoir l'interdiction du travail forcé, pour déduire que le droit international doit primer sur le droit national, en tant que droit applicable; *Xuncax v. Gramajo*, Court District of Massachusetts, 12 avril 1995. M. Gramajo était un ancien ministre de la défense du Guatemala, accusés d'actes de torture, d'exécutions sommaires et de disparitions. La juridiction américaine énonça qu'il ne pouvait se prévaloir de son immunité, car les actes en question « *exceed anything that might be considered to have been lawfully within the scope of Gramajo's official authority.* », p. 175. Sur la même base fut poursuivi le chef adjoint de la police du Ghana, coupables d'actes de torture et de détentions arbitraires, *Cabiri v. Assasie Gyimah*, 921 F. Supp. 1189, 18 avril 1996.

<sup>440</sup> *Saudi Arabia v. Nelson*, Supreme Court of the United States, 113 S Ct 1471, 1993: dans cette affaire la Cour suprême exclut toute exception au *Foreign Sovereign Immunities Act*, qui ne soit pas expressément mentionnée. Voir *Siderman de Blake v. Argentina*, 9<sup>th</sup> Circuit Court of Appeal, 1992; *Princz v. Federal Republic of Germany*, 26 F.3d 1166, Appeal Court, 1994, qui renversa le jugement de la District Court et refusa l'argument de la renonciation implicite. Dans son opinion dissidente, le juge Wald reprit la thèse de la renonciation implicite, arguant que les formes de « *waivers* » énoncées dans le FSIA ne constituent une liste exhaustive. Finalement, afin de réconcilier le FSIA avec les exigences du droit international contemporain, il affirma que le *jus cogens* devait être inclus, en tant qu'exception. La Cour du District de Columbia atteignit la conclusion, qu'une norme de *jus cogens* ne pouvait pas créer une telle exception *Behlas v. Ya'alon*, 515 F.3d 1279, 1282, District Court of Columbia, 2008 Ce raisonnement est tenu par les instances américaines depuis l'affaire *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp.*, 488, US 428, 1988, affaire qui n'impliquait pas violations de normes impératives, mais uniquement des violations simples du droit international, violations qui ne figurent pas dans le texte de loi au titre d'exceptions à la règle générale des immunités. P. 436.

<sup>441</sup> Notons que l'*Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act of 1996*, qui amende le FSIA, prévoit une nouvelle exception à l'immunité juridictionnelle de l'Etat en matière civile, lorsque l'action a pour objet l'indemnisation de préjudices subis du fait de torture, d'exécution extrajudiciaire, de sabotage d'aéronefs, de prise d'otages, impliquant un Etat désigné de terroriste par le *State Department*.

<sup>442</sup> *Bouzari v. Islamic Republic of Iran*, Ontario Supreme Court of Justice, 1 mai 2002 et Ontario Court of Appeal, 30 juin 2004 ; voir également, *Schreiber v. Canada*, Cour suprême du Canada, 2002 et *Arar v. Syria*, Cour supérieure de justice de l'Ontario, 2005. Ces affaires confirment le maintien de l'immunité pour un Etat étranger pour des cas de torture, car le *State Immunity Act* canadien ne prévoit pas d'exception en la matière.

Voir aussi devant les instances britanniques, *Al-Adsani v. Government of Kuwait*, High Court of Justice and Court of Appeal, 1996: les deux instances ont soutenu que le *State Immunity Act* de 1978 ne contenait pas d'exception expresse

De ce quelques illustrations issues de décisions prises par des instances insérées dans des ordres de nature différente, il ressort que les tribunaux des Etats dualistes, ou mixtes, considèrent que le rapport entre droit des immunités et normes impératives doit être examiné au regard de la loi domestique.

Plusieurs arguments ont été employés pour justifier la levée de l'immunité face à des violations de normes impératives. Premièrement, l'indérogeabilité absolue issue du *jus cogens* doit l'emporter sur toute autre norme, indépendamment de sa source, y compris sur le principe de l'immunité souveraine, confortant ainsi l'approche qui voit le *jus cogens* comme un facteur de hiérarchisation de l'ordre juridique. Cette position fut adoptée par la minorité des juges européens dans l'*affaire Al-Adsani*.<sup>443</sup> Puisque les normes impératives reflètent les intérêts fondamentaux de la société internationale, rien ne devrait faire obstacle à leur mise en œuvre. Ensuite, il a été soutenu qu'un Etat qui viole le *jus cogens* renonce implicitement à son immunité. Ce raisonnement fait écho à la théorie de l'*implicit waiver*, un Etat ayant commis un tel acte perdrait automatiquement ses prérogatives souveraines. Comme apprécié ci-dessus, la commission de crimes graves ne devrait jamais être considérée comme relevant des fonctions officielles d'un chef d'Etat ou d'un autre représentant étatique, et donc ne pourrait être couverte par les immunités. Cette dernière approche se conforme à la théorie contemporaine des immunités, qui dissocie les actes *de jure imperii*, de ceux perpétrés *jure gestionis*.<sup>444</sup> Finalement, il est avancé que la nature impérative de la norme devrait impliquer un pendant procédural :

« (...) les garanties juridiques fondamentales, et encore davantage celles relevant du *jus cogens*, sont grandement affaiblies- ne seraient qu'illusion- si les justiciables ne peuvent avoir accès à une cour de justice pour obtenir réparation. »<sup>445</sup>

---

pour les actes de torture; *Jones v. Saudi Arabia*, House of Lords, 14 juin 2006, cité dans *State Immunity: An update in the light of the Jones Case*, Report of Greg Falk of, Chatham House, International Law, 21 novembre 2006. Les Lords refusèrent de lever l'immunité de l'Etat et de ses agents, à moins qu'une disposition conventionnelle ne le prévoie. L'interdiction de la torture est une norme de *jus cogens*, mais elle se distingue de la norme procédurale relative aux immunités de poursuite. Les Lords insistèrent sur l'absence de pratique pouvant mener à la conclusion contraire. (§§26-27 de l'opinion de Lord Bingham).

<sup>443</sup> Opinion dissidente jointe des juges Rozakis, Caflisch, Widlhaber, Costa, Cabral Barreto et Vajic, § 3 : « *La norme de jus cogens prohibant la torture et les règles en matière d'immunité des Etats étant imbriquées, l'obstacle procédural que représente l'immunité des Etats se trouve automatiquement écarté parce que, du fait qu'elles se heurtent à une norme de rang plus élevé, ces règles-ci ne déploient aucun effet juridique. De même, on ne peut invoquer le droit national, censé donner effet sur le plan interne aux règles internationales en matière d'immunité des Etats, pour l'ériger en obstacle à la compétence ; on doit au contraire l'interpréter dans les limites et à la lumière des principes impératifs du jus cogens.* »

<sup>444</sup> *Affaire Bouterse*, Cour d'Appel d'Amsterdam, 20 novembre 2000 ; Opinion individuelle commune des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal dans l'*affaire du Mandat d'arrêt*, §85 et les opinions des Lords Steyn et Nicholls dans l'*affaire Pinochet* novembre 1998. Voir également, BIANCHI, Andrea, « Denying Immunity to Violators of Human Rights », *Austrian Journal of Public and International Law*, vol. 46, 1994, pp. 227-228.

<sup>445</sup> PAVONI, Riccardo, BEAULAC, Stéphane, « L'immunité des Etats et le *jus cogens* en droit international. Etude croisée Italie/Canada », *Revue juridique Thémis*, vol. 43, 2009, p. 524

Ces thèses sont le plus souvent contrées par l'invocation de l'importance de l'immunité des Etats et des représentants de ceux-ci pour le maintien de la structure et de l'ordre du système international reposant sur l'égalité souveraine des Etats, le principe de non-intervention et la préservation du domaine réservé. La « *comity* » internationale est également citée comme base pour refuser de lever l'immunité.<sup>446</sup> Il est certain que l'ancienne théorie de l'immunité absolue a été remplacée par une doctrine plus restreinte et de nombreuses exceptions à la règle générale sont apparues, réduisant ainsi la pertinence de la distinction entre actes privés et actes souverains, mais les débats démontrent que le modèle westphalien reste encore profondément ancré dans les mœurs.<sup>447</sup>

On ne peut pas inférer de ces différentes affaires un consensus général relativement à la perte de l'immunité souveraine face à des violations de normes impératives possédant le caractère de *jus cogens*. Le fait que le *jus cogens* ait pour effet originel d'invalider toute norme inférieure contraire ne signifie pas qu'il offrirait automatiquement un accès à la justice, indépendamment des obstacles de procédure. La nature de la norme violée ne fournit pas une réponse définitive à la question de l'immunité.<sup>448</sup> Le refus de lever l'immunité mène à frustrer l'indérogeabilité des normes de *jus cogens*, la règle générale coutumière étant considérée dans la majeure partie des cas comme une dérogation légitime. Néanmoins, les exemples cités tendent, par les discussions qu'ils ont engendrées, à soutenir que le *jus cogens* pourrait produire des effets qui dépassent le cadre strict du droit des traités. Les normes impératives sont aussi perçues par certains comme devant obligatoirement contenir un élément procédural, qui étend les droits et les obligations des Etats d'entreprendre des actions contre leur violation et d'assurer leur mise en œuvre.<sup>449</sup> Dans ce

---

<sup>446</sup> Concernant la levée des immunités: « ...such a policy destroys the social fabric international law tends to secure, i.e. the maintenance of international relations, where the states interact with each other as sovereign nations in order to protect the rights of their citizens. », ZIMMERMANN, Andreas, «Sovereign Immunity and Violations of International Jus Cogens- Some Critical Remarks», *Michigan Journal of International Law*, vol. 16, 1994-1995, pp. 440-441. Et « Such an expansive reading of § 1605(a)(1) (FSIA) would likely place an enormous strain not only upon our courts but, more to the immediate point, upon our country's diplomatic relations with any number of foreign nations. », *Princz v. Federal Republic of Germany*, 26 F.3d 1166, Appeal Court, 1994. Voir *Affaire Al-Adsani* devant la Cour européenne, § 54.

<sup>447</sup> A. Bianchi cite les relations commerciales et privées, les trusts, les contrats de travail, les conventions d'arbitrage, les conventions sur la protection de la propriété intellectuelle, BIANCHI, Andrea, « L'immunité des Etats et les violations graves des droits de l'homme : la fonction de l'interprète dans la détermination du droit international », *Revue Générale de droit international public*, vol. 108, 2004, N° 1, p. 69.

<sup>448</sup> SHELTON, Dinah, « Hierarchy of Norms and Human Rights... », p. 326 Et: «Les normes impératives qui criminalisent les crimes internationaux relevant du droit substantiel. La norme d'immunité, comme on l'a noté ci-dessus, a un caractère procédural et n'exerce aucune influence sur la criminalisation des actes en question...elles ne peuvent entrer en conflit, même si ces dernières sont impératives et la première est supplétive.», *Deuxième Rapport sur l'immunité des représentants de l'Etat devant la juridiction pénale étrangère*, par le Rapporteur spécial Kolodkin, ..., § 64, pp. 41-42

<sup>449</sup> BARTSCH, Kerstin, EBERLING, Björn, « *Jus cogens* vs. State Immunity, Round Two: The Decision of the European Court of Human Rights in the *Kalogeropoulou et al. v. Greece and Germany* Decision », *German Law Journal*, vol. 4, n°5, 2003, pp. 486-87

contexte, l'indérogeabilité entraînant la nullité de l'acte juridique contraire paraît presque accessoire, au regard de l'immense potentiel, encore sous-exploité, que possède le *jus cogens* au niveau de l'étendue de ses effets. De manière plus générale, les illustrations présentées dans cette section reflètent une certaine ambiguïté, et assurément « *a shift from a State-centred order of things* » vers la reconnaissance de l'existence d'une hiérarchie matérielle du droit international, accordant une importance particulière à l'individu.<sup>450</sup> Les divergences qui persistent sur le débat relatif aux immunités face aux violations de normes impératives relèvent certes de l'absence d'une règle claire en la matière, mais également de considérations d'ordre politique, qui sont intégrés dans tout raisonnement sur cette question. Cet examen de la pratique démontre que « *l'octroi ou le refus de l'immunité à un Etat étranger, suite à des violations graves des droits de l'homme, se réduit souvent à une question d'interprétation* », le résultat final dépendant de l'instance qui se prononce, que celle-ci soit de nature internationale ou interne, intégrée dans un système moniste ou dualiste et des objectifs poursuivis.<sup>451</sup>

#### *iv. Jus cogens et compétence universelle*<sup>452</sup>

De nombreux internationalistes ont développé l'idée que les transgressions des normes de *jus cogens*, au moins celles constituant des crimes internationaux, devaient être sujettes à l'exercice de la compétence universelle.<sup>453</sup> Cette thèse est également à mettre en lien avec le pendant procédural du *jus cogens*, à savoir le concept d'obligations *erga omnes*, selon lequel, il existe des obligations, dues à la communauté internationale dans son ensemble. Chaque Etat posséderait un intérêt à voir respecter de telles normes.<sup>454</sup> Par conséquent, tout Etat aurait la faculté et le droit de sanctionner la violation de ces obligations, si ces dernières ont une dimension criminelle.

« *The jus cogens nature of the international crime of torture justifies states in taking universal jurisdiction over torture whenever committed.* »<sup>455</sup>

<sup>450</sup> FOX, Hazel, « The First Pinochet Case: Immunity of a Former Head of State », *International Comparative Law Quarterly*, vol. 48, 1991, p. 207.

<sup>451</sup> BIANCHI, Andrea, « L'immunité des Etats et les violations graves des droits de l'homme... », p. 79 et p. 96 : « *Les exemples de pratique favorables à l'octroi de l'immunité de sont que le résultat d'une interprétation restrictive des législations nationales inspirées par des considérations de politique judiciaire ou normative, qui visent à protéger les rapports établis entre les Etats. En revanche dans les affaire où il a été fait application directe du droit coutumier, la solution contraire a été consacrée...* »

<sup>452</sup> La question de l'imprescriptibilité des crimes aurait pu également être abordée.

<sup>453</sup> BASSIOUNI, Mohamed Cherif, « International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes* », *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, 1996, pp. 63-74; Mitchell, David S., « The Prohibition of Rape in International Humanitarian Law as a Norm of *Jus Cogens*: Clarifying the Doctrine », *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 15, 2004-2005, p. 219-258; RUBIN, Alfred P., « *Actio Popularis, Jus Cogens* and Offenses *Erga Omnes?* », *New England Law Review*, vol. 35, 2000-2001, pp. 265-280; SHAW, Malcolm M., *International Law*, Cambridge, 6<sup>th</sup> Edition, Cambridge University Press, 2008, p. 673

<sup>454</sup> La section concernant la fonction symbolique du *jus cogens*, *infra* **II. D. 2.** traitera des obligations *erga omnes*.

<sup>455</sup> Opinion de Lord Browne-Wilkinson dans l'affaire *Pinochet*, 1999, p. 581. Voir l'opinion de Lord Millet dans *Pinochet* 1998: « *In my opinion, crimes prohibited by international law attract universal jurisdiction under customary international law if two criteria are satisfied. First, they must be contrary to a peremptory norm of international law so as to infringe a jus cogens. Secondly, they must be so serious and on such a scale that they can justly be regarded*

Il est nécessaire d'assurer la poursuite et la punition d'individus perçus comme des ennemis de l'humanité accusés d'avoir commis des actes d'une telle gravité, qu'ils affectent les intérêts de la communauté internationale dans sa globalité. Principe reconnu largement pour les crimes de guerre et la piraterie, l'exercice de la juridiction universelle pour les crimes contre l'humanité reste néanmoins controversée.<sup>456</sup>

Les instances domestiques demeurent très réticentes à baser exclusivement leur compétence sur la nature des normes présumées avoir été violées. Dans la majorité des cas, les cours préfèrent se fonder sur d'autres titres— compétence personnelle ou territoriale— ou sur des clauses conventionnelles, prévoyant la compétence universelle.<sup>457</sup> Elles font également recours à la généralité de la pratique, et donc à l'existence d'une norme coutumière en la matière. Le *jus cogens* est un élément supplémentaire venant renforcer le raisonnement, mais là encore, cette démarche permet de le doter de conséquences additionnelles. L'argument le plus souvent invoqué pour s'opposer à l'automaticité de la compétence universelle suite à des violations de normes impératives est que tout abus du principe enfreindrait la souveraineté et l'intégrité des Etats et pourrait mener à une déstabilisation des relations internationales.<sup>458</sup> Quelques rares occurrences jurisprudentielles se sont toutefois prononcées en faveur du lien entre violation du *jus cogens* et droit d'exercer la compétence universelle.<sup>459</sup>

Le *jus cogens* possède une acceptation stricte, celle définie dans la *Convention de Vienne*, percevant l'indérogeabilité comme l'effet normal et logique issu des normes impératives, et une

---

*as an attack on the international legal order. Isolated offences, even if committed by public officials, would not satisfy these criteria. »*

<sup>456</sup> Néanmoins, voir *Attorney-General of the Government of Israel v. Eichmann*, Supreme Court of Israel, 1962; *Fédération Nationale des Déportés et Internés Résistants et Patriotes et autres v. Barbie*, Cour de Cassation française, 1988 ; *Regina v. Finta*, Canada High Court of Justice, 1989, où les instances ont exercé leur juridiction universelle comme base pour juger et condamner des individus accusés de crimes contre l'humanité.

<sup>457</sup> *Convention de 1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs*, La Haye, 16 décembre 1970, article 2 ; *Convention de 1971 pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile*, Montréal, 23 septembre 1971, article 3 ; *Convention pour la prévention et la répression du crime d'Apartheid*, article 4 ; *Convention internationale contre la prise d'otages*, New York, 17 décembre 1979 ; *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, New York, 10 décembre 1984, article 5 ou encore les dispositions des *Conventions de Genève* sur les violations graves, articles 49 /50/129/147

<sup>458</sup> Voir Assembly of Heads of State and Government of the African Union, *Decision on the Report of the Commission on the Abuse of the Principle of Universal Jurisdiction*, Assembly/AU/Dec.199 (XI), 11<sup>th</sup> session, June-July 2008

<sup>459</sup> *Le Procureur v. Anto Furundzija*, Affaire N°IT-95-17/1-T, Chambre de Première Instance, jugement du 10 décembre 1998 ; *Affaire Jorgic v. Allemagne*, Requête N° 74613/0, Cour européenne des droits de l'Homme, arrêt du 12 octobre 2007, §68 : « *Cependant, en vertu de l'article premier de la Convention sur le génocide, il pèse sur les Parties contractantes une obligation erga omnes de prévenir et de réprimer le génocide, dont la prohibition relève du jus cogens. En conséquence, le raisonnement des juridictions nationales selon lequel, compte tenu du but de la Convention sur le génocide, tel qu'exprimé notamment dans cet article, la compétence pour sanctionner les faits de génocide d'Etats dont les lois prévoient l'extraterritorialité à cet égard n'est pas exclue doit être considéré comme raisonnable (et même convaincant).* »

acceptation plus large, qui désire l'émanciper du carcan conventionnel. L'approche plus extensive, née d'une interprétation téléologique du *jus cogens* et dans une certaine mesure la théorie de l'effet utile, définit un ensemble de normes, dotées d'un caractère impératif et qui entraînent, en vertu de cette indérogeabilité absolue, des conséquences autres que la nullité, comme un régime aggravé de responsabilité internationale en cas de non-observation de celles-ci, par rapport à celui prévu pour les violations des règles ordinaires. Cependant, à la lumière de ces illustrations, il peut être attesté, que la nature et la substance d'une norme, et ceci même si son importance est reconnue et acceptée, ne présume en rien de l'effet que celle-ci produira, une fois appliquée à un cas concret. Cet ou ces effets sont tributaires du cas d'espèces et de la grille de lecture choisie par l'instance qui a à se prononcer. L'indérogeabilité du *jus cogens* se manifeste sous différentes formes, d'où la nécessité de clarifier les rapports existants entre cette dimension indérogeable et le caractère impératif du *jus cogens*.

### ***C. Les rapports entre le jus cogens et la notion d'indérogeabilité, entre la qualité de la norme et ses conséquences, entre sa nature et son effet***

Après avoir analysé le concept de *jus cogens*, à travers l'examen de ses origines, de sa nature et de son contenu, il faudra traiter d'une question centrale qui semble pertinente dans le cadre de ce travail, à savoir le lien entre les normes impératives de droit international général et la notion d'indérogeabilité. Au cours des recherches, nous avons été confrontés à la plus grande confusion relativement à la signification de ces termes, ainsi qu'une tendance à identifier l'impérativité d'une norme avec son indérogeabilité. Toutefois, il est nécessaire de se demander ce que recouvre exactement le phénomène du *jus cogens*, et s'il constitue une catégorie normative à part, ceci uniquement en raison de son caractère indérogeable et en quoi cette indérogeabilité lui est spécifique.

Le *jus cogens* représente une forme spécifique de droit impératif, en ce sens, qu'en plus d'être indérogeable, il appartient au droit international général et que ses normes peuvent être modifiées uniquement par d'autres normes de même valeur normative. *Jus cogens* et impérativité ne sont pas synonymes le *jus cogens*, formant une sorte de sous-catégorie de droit impératif, dotée d'une normativité renforcée, au sein de l'ensemble des normes impératives. L'existence du *jus cogens* ne peut plus être niée aujourd'hui, aux vues de son évocation, certes plus ou moins explicite et fréquente, par les Etats, les organisations internationales, les instances judiciaires et arbitrales et le large soutien doctrinal apporté à celui-ci. Malgré que le *jus cogens* souffre de certaines défaillances, la dimension vague de son contenu, le manque de critères d'identification de ses

règles et le mystère relatif à sa source, il joue toutefois un rôle essentiel au sein de l'ordre juridique international. Tout système juridique exige l'existence de certaines normes fondamentales et objectives. La régulation des relations internationales contemporaines n'échappe pas à cette nécessité, d'autant plus contraignante et vitale, face à l'accroissement de l'interdépendance entre les Etats et l'apparition de nouveaux défis et menaces de dimension globale. Le phénomène de fragmentation affectant le droit international renforce le besoin de certains points de référence communs.

La doctrine, ainsi que la jurisprudence internationale ou nationale, ont eu des difficultés à dissocier impérativité et indérogeabilité, alors qu'il s'agit de deux concepts qu'il est nécessaire de distinguer. L'indérogeabilité du *jus cogens* est spécifique, car elle remplit des fonctions particulières et entraîne des effets juridiques qui lui sont propres, telles que la nullité ou un régime de responsabilité renforcé. L'indérogeabilité doit être perçue comme une conséquence de l'impérativité d'une norme. L'essence du *jus cogens* ne doit donc pas être simplement appréhendée au-travers de cette dimension. L'indérogeabilité est un des attributs des normes impératives, mais celui-ci n'est pas suffisant pour en déduire leur caractère supérieur. Les normes impératives établissent deux types d'obligation: l'obligation inhérente à toute règle de droit, à savoir la prescription d'adopter un certain comportement, ou de l'interdire; et l'obligation de ne pas conclure des accords contraires ou créer des régimes coutumiers différents de celui mis en place par la norme. Les normes de *jus cogens* ne peuvent en conséquence être identifiées uniquement par leur effet, l'indérogeabilité, mais il est nécessaire de se référer au contenu matériel de celles-ci, à leurs implications d'ordre extra-juridique, à leurs fonctions symboliques, structurelles et systémiques, pour en saisir la portée réelle.<sup>460</sup>

L'indérogeabilité constitue donc un phénomène plus large que les notions de *jus cogens* et de normes impératives, car il peut être rattaché à d'autres normes, que celles qui revêtent un caractère impératif absolu. Ceci revient à dire que les causes de l'indérogeabilité d'une norme sont multiples, la limitation au pouvoir de déroger pouvant exister en lien avec d'autres catégories normatives, possédant une force normative variable, et ceci dans différents domaines du droit international. Dans le cas du *jus cogens*, l'indérogeabilité est justifiée par le fait que tout acte contraire à la norme impérative portera atteinte à un intérêt ou une valeur suprême appartenant à

---

<sup>460</sup> « *The essence of jus cogens [therefore] lies not in the impossibility of derogation, although this remains an effectual property, but in the impossibility of eluding the application of norms of jus cogens.* », HOOGH, André de, « *The relationship between Jus Cogens, obligations Erga Omnes and international crimes: Peremptory Norms in Perspective* », *Austrian Journal of Public International Law*, vol. 42, 1991, pp. 183-214

l'ensemble de la communauté internationale. Il devient essentiel de distinguer *jus cogens* et indérogabilité, même si ces notions ont une fonction commune, à savoir restreindre la liberté des Etats, et dans une certaine mesure, réduire l'autonomie de leur volonté. Certains principes n'appartiennent pas à la catégorie du *jus cogens*, mais s'imposent cependant aux Etats, en dehors de leur consentement ; par exemple, les règles relatives à la formation ou au changement des normes de droit international, les dispositions sur la structure ou les pouvoirs des organisations internationales.<sup>461</sup> De plus, certaines clauses conventionnelles, notamment dans le domaine des droits de la personne, interdisent les dérogations à certaines ou à l'ensemble des dispositions d'un traité, mais ne présument en rien de la nature des normes protégées contre les dérogations. Elles reflètent la volonté des Etats parties de préserver l'intégrité normative du régime concerné. L'interdiction de déroger peut constituer un indice du caractère impératif de la norme, mais n'est pas un critère décisif de celui-ci. Ces normes sont indérogables, mais cet attribut ne découle pas de leur dimension impérative. Les droits de l'homme sont une illustration probante d'un ensemble normatif important, dont certaines normes sont dotées d'une sorte d'indérogabilité, mais qui n'appartient pas en bloc au *jus cogens*.<sup>462</sup> Comme le chapitre IV le montrera, l'article 103 de la *Charte des Nations Unies* implique la préséance des obligations issues de celles-ci en cas de conflit. La *Charte des Nations Unies* comporte certes quelques obligations relevant du *jus cogens*, mais on ne peut affirmer que l'en est ainsi pour la totalité de cet instrument. L'article 103 engendre par conséquent un autre type d'indérogabilité.

Un autre ensemble, sujet à certaines controverses, est constitué par les principes organisationnels de base de l'ordre juridique international. Il s'agit, entre autre, des principes relatifs à l'égalité souveraine, à l'intégrité territoriale de l'Etat ou la liberté en haute mer. Il semble difficile de placer ces principes dans une case définie. Indispensables au maintien du système, il est indéniable qu'un Etat unilatéralement, ou que deux Etats par voie d'accord, ne peuvent priver un autre Etat de ces attributs inhérents à sa souveraineté. Néanmoins, l'Etat en question a la possibilité d'y renoncer volontairement. En réalité, l'Etat renonce à ses droits, mais l'obligation de respect due aux autres Etats reste indérogable.<sup>463</sup> Une norme peut donc être fondamentale au sein du système, mais

---

<sup>461</sup> Dans ce cas, l'interdiction de dérogation a trait à l'incapacité des Etats de conclure un accord *inter partes* dérogatoire. Notons que les chartes constitutives des organisations internationales ne constituent du droit indérogable dans leur totalité; au contraire, la majorité des dispositions sont supplétives. Il s'agit ici des pouvoirs et de la structure de ces dernières.

<sup>462</sup> Malgré l'avis de certains, Opinion dissidente du juge Tanaka, *Affaire du Sud-ouest africain*, Libéria v. Afrique du Sud, Deuxième Phase, arrêt du 18 juillet 1996, p. 298, **Annexe VI. A. 1. i.**

<sup>463</sup> L'Etat lésé peut donner son consentement, mais l'Etat coupable, par exemple de la transgression de l'intégrité territoriale de l'Etat lésé, reste lié par l'obligation impérative et est donc responsable devant la communauté internationale. Il faut distinguer le droit, de l'obligation dans ce cas précis. Voir HANNIKAINEN, Lauri, *Peremptory norms (jus cogens) in international law...*, p. 248

accepter que l'on déroge à certains de ses aspects. Dans un même ordre d'idées, une norme peut être partiellement indérogeable, à savoir qu'elle tolère des dérogations, mais ceci uniquement de manière « positive ». Certaines dispositions du droit international humanitaire permettent par exemple aux Etats de conclure des accords afin de renforcer la protection des personnes protégées. Il s'agit bien d'une dérogation, mais elle n'affecte pas le noyau de la règle.<sup>464</sup> D'autres normes peuvent interdire les dérogations dans une certaine mesure seulement, car la prohibition est limitée à l'obligation fondamentale qu'elles contiennent ou seulement si la dérogation mène à une violation massive et/ou étendue.<sup>465</sup> Il faudra souvent se référer à la finalité de la norme ou du régime établi par celle-ci, pour savoir si les dérogations peuvent être admises dans une certaine mesure ou si elles sont absolument interdites.

Le *jus cogens* doit être limité à un petit nombre de normes perçues comme normativement supérieures, afin de contrer les arguments des détracteurs du *jus cogens*, soutenant que le concept est dangereux, l'imprécision de son contenu et de l'étendue de ses effets le rendant facilement manipulable. De plus, établir une distinction claire entre indérogeabilité et *jus cogens* permettra de trancher certains conflits pouvant surgir entre des règles de droit international, même si les relations entre ces notions demeurent complexes. L'indérogeabilité est un attribut et la conséquence des quelques normes, qui ne peuvent être sujettes à la fragmentation. Les normes indérogeables peuvent se trouver à tout niveau de l'échelon normatif. Le *jus cogens*, quant à lui, constitue le sommet de la hiérarchie normative : il est nécessairement et absolument indérogeable, et cette indérogeabilité résulte du contenu matériel et de l'importance éthique et fonctionnelle de la norme pour la société internationale, vue comme une communauté émergente. Cette indérogeabilité spécifique est aussi un moyen de mise en œuvre du droit impératif général, au vu de la gravité des conséquences qui en découlent. Cependant, les effets issus des normes indérogeables de *jus cogens* varient selon les circonstances et qu'ils dépendent grandement de l'autorité qui se doit d'en faire application.

---

<sup>464</sup> KOLB, Robert, « Jus cogens, intangibilité, intransgressibilité... », p. 324. D'autres articles du *Statut de la Cour internationale de Justice* admettent des dérogations de type positif: rien n'empêche les Etats de conclure un accord conférant un caractère contraignant aux avis consultatifs de la Cour. Egalement les articles 6/6/7 et 14/59 et 60 des *Conventions de Genève*, qui permettent la conclusion d'accords visant le renforcement des droits et des protections dus aux catégories visées.

<sup>465</sup> Hannikainen donne l'exemple de la pollution en haute mer: l'interdiction de déroger est limitée au cas de pollution sévère et étendue. La norme interdisant le fait de polluer l'environnement comporte une obligation fondamentale, et d'autres aspects secondaires, qui eux, peuvent souffrir de dérogations, HANNIKAINEN, Lauri, *Peremptory norms (jus cogens) in International Law...*, pp. 260-261

Il est temps de conclure en tentant d'identifier à la lumière des nos observations, quelles sont les fonctions remplies par cette indérogeabilité si spécifique, qui fait du *jus cogens*, une catégorie normative particulière du droit international.

#### ***D. Le jus cogens et l'indérogeabilité, pluralité et diversité des fonctions***

L'examen approfondi du *jus cogens* a permis de comprendre que les normes appartenant à cet ensemble juridique sont pourvues d'une indérogeabilité qui leur est spécifique. Cette indérogeabilité, initialement conçue comme devant déployer ses effets dans le cadre du droit des traités, n'a été que très rarement mise en œuvre dans la pratique. Il est nécessaire de se détacher des fonctions originelles du *jus cogens*, pour saisir si les normes indérogeables ne remplissent pas parallèlement d'autres fonctions. Le *jus cogens* n'est pas « *the child of fantasy* »; pour reprendre les termes de Georg Schwarzenberger.<sup>466</sup> En effet, celui-ci joue un rôle fondamental au sein de l'arène internationale et a un impact réel sur le comportement des acteurs. Le simple fait que le *jus cogens* existe en tant que concept juridique l'autorise à posséder une réalité fonctionnelle. Les normes impératives indérogeables représentent aussi des symboles normatifs, mais dépassent le simple statut de chimère. Le *jus cogens* est entouré de magie et de mystère, mais il ne faut sous-estimer son importance, en tant que moyen de préservation de valeurs et d'intérêts collectifs.<sup>467</sup>

« (...) *its usefulness lies in the way it envisions the international legal order. Such vision, as we have seen, consists of a normative system based on fundamental values, characterized by a hierarchy of norms, and not entirely dependent on the consent of the subjects of international law. This vision has had a noticeable impact on the post-Vienna Convention development of international law.* »<sup>468</sup>

Au travers de la citation mentionnée ci-dessus, il semble que le *jus cogens* et son indérogeabilité renferment une dimension plurifonctionnelle, oscillant, selon les circonstances de leur évocation, entre l'outil axiologique (2), le facteur de structuration, voire même de hiérarchisation, (3-4) la technique juridique (5) et un élément de bouleversement de la logique traditionnelle (6). Les sections suivantes seront consacrées à l'étude de ces diverses fonctions. Dans un premier temps, nous entendons procéder à une clarification terminologique relativement au rôle du *jus cogens* dans le cadre du droit des traités et celui qu'il peut endosser en dehors de celui-ci. (1)

---

<sup>466</sup> SCHWARZENBERGER, Georg, « International Jus Cogens? », *Texas Law Review*, vol. 43, 1964-1965, pp. 455-478.

<sup>467</sup> Voir BIANCHI, Andrea, « Human Rights and the Magic of Jus Cogens », ..., et CHRISTENSON, Gordon A., « Jus cogens: Guarding Interests... », pp. 589-591, citant Stanley Hoffman décrivant le mythe de la volonté collective et du contrat social issu de la Révolution française : « *It gave a magic and mysterious recipe for how to create unity, uniformity, unanimity out of different fragments, how to assimilate ethics and politics.* », HOFFMAN, Stanley, « A note of the French Revolution and the Language of Violence », *Daedalus*, vol. 116, N°2, 1987, pp. 154-155

<sup>468</sup> PETSCHKE, Markus, « *Jus Cogens as a vision of the International Legal Order* », *Penn State International Law Review*, vol. 29, N° 2, 2010, p. 273

## 1. Distinction entre la fonction de l'indérogeabilité dans le cadre conventionnel et hors du cadre du droit des traités: un outil interprétatif

Originellement, le *jus cogens* fut défini par son indérogeabilité : dans la *CVDT*, les normes impératives de droit international général ont pour fonction d'invalider toute règle de droit international édictée par les Etats, qui ne serait pas en conformité avec ces dernières. Cette fonction limite la capacité contractuelle des Etats. Cet aspect du *jus cogens* n'a pas été souvent mis en œuvre en pratique, ce qui a encouragé les internationalistes à mettre de côté une application mécanique de l'indérogeabilité, et à transcender la dimension conventionnelle du *jus cogens*. Le *jus cogens* devient alors un facteur d'interprétation, ainsi qu'un agent indiquant les options argumentatives possibles et les limites à respecter dans la prise de décisions.<sup>469</sup> Le *jus cogens* est reconnu comme un élément normatif devant être pris en considération dans le processus judiciaire, en tant que cadre aidant le juge à procéder à une mise en balance des normes et des valeurs pertinentes. Comme l'a dit Hersch Lauterpacht, le juge fait son choix :

« ...not between claims which are fully justified and claims which have no foundations at all, but between claims with varying degrees of legal merit. »<sup>470</sup>

L'indérogeabilité impérative fonctionne comme un guide permettant à l'instance d'entreprendre un exercice interprétatif cohérent, dans le sens où les règles seront lues à la lumière des *policies* communes à la société internationale, à savoir telles que reflétées dans les normes de *jus cogens*.<sup>471</sup> Celui-ci permet d'exclure des résultats en contradiction totale avec l'éthique collective et assure de ce fait un contrôle sur le développement du droit international. Cette fonction dynamique semble être particulièrement essentielle dans un système décentralisé, comme le droit international, qui évolue en fonction des aspirations et besoins de la base sociale.<sup>472</sup> La signification du *jus cogens* et de son indérogeabilité ne doit pas être limitée à leur sens littéral, mais il est utile de saisir leur *social meaning*, à savoir ce qu'ils représentent pour les sujets du droit international et comment ceux-ci les perçoivent. Mentionner le *jus cogens* dans un raisonnement a pour objectif de créer une réaction, car il est associé à certaines notions, qui génèrent des émotions et confèrent aux arguments légaux un « pathos », qui renforce leur

<sup>469</sup> BIANCHI, Andrea, « Human Rights and the Magic of Jus Cogens », ..., pp. 503-504. Et: *Fragmentation du Droit International. Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du Groupe d'Etude de la Commission du droit international, établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi, cinquante-huitième session, mai-août 2006, A/CN.4/L.682, 13 avril 2006, p. 225, § 409.

<sup>470</sup> LAUTERPACHT, Hersch, « The Development of International Law by the International Court of Justice », Cambridge, Cambridge University Press, 1958, p. 399

<sup>471</sup> Opinion individuelle du juge ad hoc Dugard, *Armed Activities on the territory of the Congo, Democratic Republic of Congo v. Rwanda, Jurisdiction of the Court and admissibility of the application*, Cour internationale de Justice, arrêt du 3 février 2006, p. 3, §10, **note de bas de page 256**. Et § 10 in fine: « Norms of jus cogens are a blend of principle and policy.... The fact that norms of jus cogens advance both principle and policy means that they must inevitably play a dominant role in the process of judicial choice. »

<sup>472</sup> Sur la fonction promotionnelle du *jus cogens*, voir FOCARELLI, Carlo, « Promotional Jus Cogens. A Critical Appraisal of Jus Cogens' Legal Effects », *Nordic Journal of International Law*, vol. 77, 2008, p. 429-459

légitimité.<sup>473</sup> Le chapitre introductif a déjà souligné l'importance de la rhétorique et la puissance de la signification. L'effet du *jus cogens* n'est donc pas confiné à frapper de nullité tout accord conventionnel contraire, mais il est doté d'une fonction qui va au-delà de cet aspect purement juridique : outil d'interprétation, il est aussi un mécanisme extrêmement puissant d'imposition de valeurs.

## 2. Fonction symbolique et imposition de valeurs

### a. Outil de cohésion axiologique et de promotion de valeurs communautaires

En rendant certaines normes non-sujettes aux dérogations, le *jus cogens* promeut indirectement certaines valeurs et participe, dans une ère de fragmentation du droit international, à la mise en place d'une hiérarchie matérielle, basée sur le contenu des normes. Le *jus cogens* possède une dimension symbolique et axiologique, qu'il ne faut pas négliger dans l'analyse de ce dernier. Quelques valeurs fondamentales, comme la protection de la dignité humaine ou la préservation de la paix internationale, ont été transformées en règles de droit positif par le biais du *jus cogens*.<sup>474</sup> La fonction de l'indérogeabilité est de leur assurer une plus grande protection contre les atteintes. En rendant possible la concrétisation juridique de l'émergence de valeurs communes au sein de la société internationale, le concept de *jus cogens* renforce l'unité du corps sociétal international. En acceptant la supériorité de certaines normes en raison de leur substance et des valeurs qui les sous-tendent, les membres de la « communauté internationale » ont participé à une révolution du système: pour la première fois, des préoccupations morales et éthiques sont introduites en droit international positif de manière explicite.<sup>475</sup>

Malgré la réticence du juriste à entrer dans des débats d'ordre axiologique, on ne peut nier que l'ensemble du processus juridique international est influencé par des considérations relatives aux valeurs.<sup>476</sup> Les normes de *jus cogens* sont un plancher éthique, perçues comme « *dérivant de principes que la conscience de l'humanité considère comme essentiels à la coexistence de la*

---

<sup>473</sup> LINDERFALK, Ulf, « The Effect of Jus Cogens Norms: Whoever Opened Pandora's Box, Did You Ever Think about the Consequences? », *European Journal of International Law*, vol. 18, n°5, p. 855

<sup>474</sup> La reconnaissance des interdictions de la torture, de l'esclavage, de l'apartheid ou du génocide en tant que normes impératives découlent de la place fondamentale qu'occupe aujourd'hui la notion de dignité des êtres humains. « *The initial State-centred approach to peremptory norms of international law, which emphasized the need to preserve vital States interests, has given way to a more individual-centred notion of jus cogens.* », PETSCHKE, Markus, « *Jus Cogens as a vision of the International Legal Order* », ..., p. 269

<sup>475</sup> BIANCHI, Andrea, « Human Rights and the Magic of Jus Cogens », *European Journal of International Law*, vol. 19, N°3, 2008, p. 495

<sup>476</sup> « (...) much of the importance of the *jus cogens* doctrine lies not in its practical application, but in its symbolic significance in the international legal process. », CHARLESWORTH, Hilary, « The Gender of Jus Cogens », *Human Rights Quarterly*, vol. 15, 1993, p. 66

*communauté internationale*». <sup>477</sup> Les normes impératives opèrent comme des instruments favorisant la cohésion et d'unité, alors que l'ordre juridique international n'a jamais été aussi fragmenté. La communauté internationale à laquelle fait référence l'article 53 de la *CVDT* n'est plus la même qu'en 1969, car les Etats ne sont plus les uniques composantes de celle-ci. Les acteurs non-étatiques ont désormais un impact sur la création du droit international et sur sa mise en œuvre. De manière plus globale, certains considèrent avec raison que le monde n'a jamais été aussi divisé sur le plan idéologique et que le fameux clash des civilisations de Samuel Huntington est en train de se matérialiser.

*« In this perspective, jus cogens would be composed of those norms that are indispensable for the coexistence of different beliefs' systems and the tackling of common problems such as pollution of the environment or the proliferation of weapons of masse destruction. »* <sup>478</sup>

Le *jus cogens* comporte également une fonction prophétique en ce sens qu'il porte une vision du droit tel qu'il devrait être. Le droit n'est pas qu'une force d'universalisation, mais constitue également un élément civilisateur. <sup>479</sup> En imposant certaines valeurs qui reflètent le bien commun et des intérêts, qui méritent d'être protégés un régime juridique spécifique, le *jus cogens* projette une vision du droit international inédite, car tendant vers le renforcement de la solidarité globale et des liens communautaires. Le droit doit évoluer en conformité avec les idéaux et les besoins de la société internationale. Le *jus cogens* a une fonction éminemment « promotionnelle et éducationnelle. » Il supporte un nouveau droit international et, simultanément, il informe les acteurs et les oblige à respecter les valeurs nouvelles qui naissent au sein de l'arène internationale. <sup>480</sup> Il participe à l'entreprise qui vise à convaincre qu'une communauté internationale est en phase de constitution. <sup>481</sup>

Le concept de *jus cogens* a été promu par les Etats nouveaux issus de la décolonisation, ainsi que les Etats du bloc soviétique lors de la Conférence de Vienne, car ils voyaient en celui-ci un instrument d'affirmation d'une nouvelle justice internationale et un facteur de restructuration de l'ordre juridique international, fondé, il est vrai, principalement sur une culture européo-occidentale. Les Etats du Sud perçurent le *jus cogens* comme un outil pour se protéger contre les

---

<sup>477</sup> Déclaration du M. Suarez, Représentant du Mexique, Conférence de Vienne sur le droit des traités, UN Doc. A/CONF/39/11/Add.2, 1<sup>ère</sup> et 2<sup>ème</sup> sessions, mars-mai 1968.

<sup>478</sup> PAULUS, Andreas S., « *Jus cogens* in a Time of Fragmentation and Hegemony... p. 329. Et: «...the Aristotelian idea of Hierarchy as a condition for unity will be found offensive and inimical to a new conception of a multicultural world order in which conflicting values would have to coexist rather than be ordered in a hierarchy of norms.», WEILER, Joseph H.H., PAULUS, Andreas L., «The structure of change in International Law or is there a Hierarchy in International Law», *European Journal of International Law*, vol.8, n°4, 1997, p. 564

<sup>479</sup> CHINKIN, Christine, «Jus Cogens, Article 103 of the United Nations Charter and other Hierarchical Techniques of Conflict Solution»,..., p. 68

<sup>480</sup> FOCARELLI, Carlo, «Promotional Jus Cogens. A Critical Appraisal of Jus Cogens' Legal Effects»,..., p. 455.

<sup>481</sup> René-Dupuy désignait la communauté internationale comme une valeur mythique, porteuse d'espoir et un facteur de progrès. DUPUY, Jean-René, *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris, Economica, 1986.

inégalités *de facto* de pouvoir et un moyen pour imposer de nouvelles valeurs, alors que pour les Etats du bloc de l'Est, le *jus cogens* était le garant du principe d'égalité souveraine. C'est pour cette raison, ainsi que pour maintenir le système en l'état, que les Etats occidentaux ont insisté lors de cette même conférence pour l'inclusion de critères d'identification dans le texte de la Convention.<sup>482</sup> La reconnaissance généralisée par les Etats de la notion de normes impératives de *jus cogens*, matérialisée par l'article 53 de la *Convention de Vienne*, en plus de leur conférer un caractère positif, leur a également attribué un rôle « *de passerelle juridique permettant l'émergence d'un droit international de solidarité et d'intérêt commun, d'un droit international nouveau* ». <sup>483</sup>

Il est possible d'affirmer qu'une des raisons principales, qui a favorisé l'émergence du *jus cogens*, est la transformation du droit international en un réel système de coopération. Le droit international exige la reconnaissance de l'existence de normes impératives, afin de préserver les intérêts collectifs :

« *Le droit international ne peut plus se contenter de délimiter entre elles des compétences étatiques, il doit affronter l'établissement d'un ordre communautaire propre aux dimensions de la planète, dont l'objectif primordial et immédiat n'est autre que celui d'une promotion équilibrée et harmonieuse du développement de l'humanité considéré comme un tout.* »<sup>484</sup>

Malgré le consensus existant au sein de la société internationale sur l'existence d'un nombre limité de normes impératives de droit international général, certaines opinions affirment néanmoins que le *jus cogens* ne serait qu'une notion rhétorique, une illusion sans réel contenu juridique, et ceci en raison des désaccords persistants concernant sa substance normative. La *Convention de Vienne sur le droit des traités* ne donne aucune définition précise du terme, ni ne fournit de critères objectifs pour déterminer quelles règles relèvent du *jus cogens*, et que celui-ci n'est expliqué que par son effet, à savoir l'indérogeabilité. Un risque est alors à craindre, étant donné l'absence d'un pouvoir centralisé doté d'une compétence obligatoire chargé d'identifier les normes impératives: des interprétations diverses et subjectives peuvent apparaître relativement au contenu de celles-ci. Ceci pourrait facilement mener à des invocations hasardeuses du concept par les Etats et les autres sujets, dans le but de se défaire unilatéralement de leurs obligations ou de contester la validité d'accords entre des Etats tiers. De plus, une telle notion peut être la cible de manipulations politiques et idéologiques: un groupe d'Etats puissants pourraient être tentés d'en façonner son

---

<sup>482</sup> ONUF, Nicholas Greenwood, BIRNEY, Richard K., « Peremptory Norms of International Law: Their Source, Function and Future », *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 4, 1974, pp. 196-197

<sup>483</sup> KOLB, Robert, *Le Jus Cogens international...* p. 24 et GROSSE, Laurent, « Racines Historiques et Fondements contemporains des normes impératives (Jus Cogens) dans la théorie et la pratique du droit international », *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, vol 73, 1995, p. 234

<sup>484</sup> Antonio Truyol y Serra, *La Sociedad internacional*, cité par GOMEZ, ROBLEDO, Antonio, « Le jus cogens international... », p. 193

contenu, afin d'imposer ses valeurs au reste du monde, et par ce fait réaliser des objectifs de *Realpolitik*.<sup>485</sup> Le *jus cogens* ne serait qu'un «véhicule à des aspirations vives et confuses touchant davantage à la sociologie politique qu'au droit». <sup>486</sup> Il ne serait qu'un instrument politique et idéologique.<sup>487</sup> Dans une société où cohabitent des systèmes de natures différentes, il paraît difficile d'atteindre un consensus global sur le contenu et la primauté à accorder à certaines valeurs. Toute application unilatérale du *jus cogens* anéantirait la stabilité de l'ordre juridique international, que précisément celui-ci a pour but de maintenir et renforcer.<sup>488</sup>

Une autre objection, en lien avec ce qui a été décrit précédemment, a été formulée à l'encontre de l'insertion du concept de *jus cogens* en droit international, à savoir la réintroduction de considérations d'ordre moral et éthique et un certain retour à l'idée de droit naturel et du subjectivisme qui l'entoure. En effet, l'existence des normes impératives en droit international est justifiée par le fait qu'il existe des valeurs primordiales en droit international, et qu'il est nécessaire de leur donner une place dans le système juridique, et ceci en opposition avec les théories positivistes qui ont rejeté l'influence de considérations extra-juridiques «derrière l'écran du droit positif dérivant de la volonté des Etats». <sup>489</sup> Grigory Tunkin admet qu'il existe une tendance à considérer le *jus cogens* comme fondé sur la conscience juridique et les convictions morales de l'humanité.

*« It is true that certain principles of jus cogens have acquired this character because they enjoyed a strong moral support or being principles of international morality became also principles of general international law with the character of jus cogens. But there are equal instances when a certain jus cogens principles also became principles of international morality. »*<sup>490</sup>

Par exemple, certains auteurs acceptent que les accords et traités internationaux, pour être valables et valides en droit, doivent avoir un objet licite et conforme à la morale et que par conséquent, les traités «*contra bonos mores*» doivent être frappés de nullité.<sup>491</sup> D'autres, au contraire, s'opposent à cette vision, car ils considèrent que l'appréciation de la moralité est un exercice purement

---

<sup>485</sup> Voir, PELLET, Alain, «Comments in Response to Christine Chinkin and in Defense of *Jus Cogens* as the Best bastion against the Excesses of Fragmentation», *Finnish Yearbook of International Law*, vol. XVII, 2006. Allain Pellet perçoit le *jus cogens* et l'indérogeabilité de ses normes comme des outils conservateurs, car ils permettent aux Etats puissants d'imposer leur idéologie.

WEIL, Prosper, «Towards Normative Relativity in International Law», *American Journal of International Law*, 1983, vol. 77., p. 441: «There is a danger of the implantation on international society of a legislative power enabling certain states- the most powerful or numerous- to promulgate norms that will be imposed on others.»

<sup>486</sup> REUTER, Paul, cité par TJOP, Jean, «Le Jus Cogens dans le droit international», in CONSTANTOPOULOS, D.S., (Dir.), *The Sources of International Law*, Thesaurus Acroasium, Institute of Public International Law and International Relations of Thessaloniki, vol. 19, 1992, p. 596

<sup>487</sup> CHRISTENSON, Gordon A., «Jus Cogens: Guarding Interests Fundamental to International Society»,..., p. 615

<sup>488</sup> SUY, Erik, *Rapport sur le Jus Cogens*..., p. 98 ; voir BIANCHI, Andrea, «Human Rights and the Magic...», p. 507, **note de bas de page 273.**

<sup>489</sup> BIANCHI, Andrea, «Human Rights and the Magic...», p. 495

<sup>490</sup> TUNKIN, Grigory, I., «Jus Cogens in...», pp. 116-117

<sup>491</sup> Voir entre autres, VERDROSS, Alfred, «Forbidden Treaties...

subjectif. Les notions de bonnes mœurs ou de morale, ne se confondent pas avec les normes impératives, mais jouent le rôle de critère de référence, parmi d'autres, pour apprécier le caractère impératif ou non d'une norme, et donc indirectement, de son indérogeabilité.

Un lien étroit existe entre les principes impératifs et la moralité, et plus généralement entre le droit et l'éthique. Cette relation se matérialise notamment dans l'importance accordée ces soixante dernières années au domaine des droits de l'homme et plus récemment aux questions telles que l'environnement ou le commerce équitable. Le droit, en tant que phénomène social, se doit de refléter les aspirations d'une société à un stade déterminé de son existence et est donc façonné par des facteurs moraux, politiques, idéologiques et autres considérations extra-juridiques. Néanmoins, les normes de *jus cogens*, au-delà de leur aspect symbolique et de leur connotation éthique, constitue une réalité juridique. Il est vrai que le droit international s'est développé en incorporant des principes moraux, et leur a parfois accordé un caractère obligatoire, mais une règle morale ne reste qu'un « devoir être », une aspiration dépourvue de force contraignante sans son incorporation en droit positif. Il demeure cependant difficile d'identifier ce qui distingue une norme morale d'une règle juridique, sans se référer à la perception qu'en ont les sujets.<sup>492</sup> La Commission du droit international a voulu souligner que le *jus cogens* ne constitue pas exclusivement un concept éthique, mais possède un statut en droit, en ajoutant dans le texte de la *Convention de Vienne* l'exigence de l'acceptation et de la reconnaissance par l'ensemble de la communauté internationale.

Outil révolutionnaire, dont l'emploi abusif peut se révéler être dangereux, le *jus cogens* remplit des fonctions axiologiques importantes, agissant comme un outil d'imposition et d'exclusion de valeurs et comme un facteur d'unité et de cohérence. Certains l'ont même désigné comme un ensemble de normes constitutionnelles, qui établirait une hiérarchie formelle entre les normes du droit international.

Le *jus cogens* agit comme un facteur de hiérarchisation des valeurs au sein de l'ordre juridique international et sert d'outil au maintien de cette hiérarchie. Ces raisons tendent à expliquer d'une part, la limitation imposée à la liberté contractuelle des Etats et d'autre part, le fait que ces règles ne peuvent être sujettes à des accords ou actes dérogatoires, puisque ceux-ci menaceraient les fondations morales et légales nécessaires à la stabilité de l'ordre juridique international. Toute

---

<sup>492</sup> « (...) les principes moraux ne sont pertinents que dans la mesure où on leur donne une expression suffisante sous forme juridique. », *Affaires du Sud-ouest Africain, Libéria v. Afrique du Sud*, 2<sup>ème</sup> Phase, fond, Recueil C.I.J 1966, p. 34, § 49

violation d'une norme de *jus cogens* doit être considérée comme inacceptable par la communauté internationale.<sup>493</sup> Les normes impératives ont pour objectif d'exclure et de sanctionner les actes et situations qui choquent et qui sont perçus comme intolérables par la conscience collective, en imposant des limites éthiques au comportement des sujets du droit international.

**b. Le *jus cogens*, les obligations *erga omnes* et les « anciens crimes » de droit international, comme porteurs et garants des aspirations collectives**

L'apparition du *jus cogens* en droit international a conduit à l'émergence d'une hiérarchie matérielle des normes et des valeurs en droit international. D'autres mécanismes ont été établis en droit international, afin de protéger les valeurs fondamentales et les intérêts communs de la société internationale. Les développements subis par la société internationale et l'intensification des relations entre ses membres ont exigé de nouveaux instruments juridiques, afin d'assurer que les besoins nouveaux soient satisfaits. Il paraît utile d'analyser les rapports qu'entretiennent le *jus cogens* et ces autres outils, à savoir les obligations *erga omnes* et ce qui fut appelé les crimes d'Etats. La notion de crime fut par la suite abandonnée, et remplacée par l'expression de « violations graves d'obligations découlant de normes impératives de droit international général ». <sup>494</sup> Ces différentes catégories ont été souvent confondues, tant dans la doctrine que dans la jurisprudence et même si elles partagent une visée similaire et qu'elles semblent toutes être recouvertes d'une normativité renforcée, elles constituent des phénomènes distincts, qui impliquent des conséquences spécifiques à chacune d'elle. La société internationale, en acceptant les notions de *jus cogens*, d'obligations *erga omnes*, de crimes internationaux, a reconnu l'existence de « super-normes », reflétant et matérialisant certaines valeurs communes et importantes devant être intégrées en droit. Engendrées par la transformation des relations internationales, ces catégories participent également à la mutation des mentalités, renforçant la conviction et la perception qu'une communauté internationale solidaire est en voie de consolidation. <sup>495</sup>

La théorie, selon laquelle il existerait des obligations dues à l'ensemble la société internationale et qui donneraient le droit à tout Etat de réagir contre les violations de celles-ci, n'est pas récente. En effet, des auteurs, tels que Bluntschli ou Heffter, estimaient que certaines violations affectaient

---

<sup>493</sup> BIANCHI, Andrea, « Human Rights and the Magic... », p. 496

<sup>494</sup> Chapitre III des *Articles sur la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite*.

<sup>495</sup> « Overall, the frequent reference to such notions as *jus cogens*, obligations *erga omnes* and crimes of international law attests the fact that the emerging notion of an international public order based on the primacy of certain values and common interests is making its way into the legal culture and common practice [of municipal courts]. », BIANCHI, Andrea, « Immunity versus Human Rights: the Pinochet Case », *European Journal of International Law*, vol. 10, n°2, 1999, p. 248

tous les Etats, même s'ils n'en étaient pas les victimes directes. Parmi ces infractions figuraient la piraterie, l'esclavage ou la recherche de la domination sur la haute mer.<sup>496</sup> Dès la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, certaines normes visant la protection d'intérêts collectifs dans les domaines du droit maritime, du droit de la guerre ou de la traite des esclaves firent leur apparition. Ces normes fondamentales illustrent une tendance vers le dépassement d'un ordre juridique basé principalement sur la volonté des Etats et fondé sur des relations bilatérales, permettant aux Etats de réclamer uniquement le respect des droits et obligations dont ils sont titulaires. *Jus cogens*, obligations *erga omnes* et crimes véhiculent certains idéaux et aspirations supposés être partagés par tous les membres de la communauté internationale et qui de ce fait, exigent une protection juridique spéciale. Ils contribuent à une certaine moralisation du droit international, en condamnant les actes ou les situations perçus comme intolérables par la conscience collective,

### *i. Obligations erga omnes et jus cogens*

Traditionnellement, le droit international régit les rapports internationaux en imposant une obligation à un Etat vis-à-vis d'un autre Etat, qui se voit attribuer un droit correspondant. Il s'agit principalement d'un réseau de relations bilatérales. Cette vision du système international fut ébranlée par l'apparition de régimes au sein desquels les Etats, comme la CIJ l'a affirmé,

« ...n'ont pas d'intérêts propres ; ils ont seulement tous et chacun, un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la convention. Il en résulte que l'on ne saurait, pour une convention de ce type, parler d'avantages ou de désavantages individuels des États, non plus que d'un exact équilibre contractuel à maintenir entre les droits et les charges. La considération des fins supérieures de la Convention est, en vertu de la volonté commune des parties, le fondement et la mesure de toutes les dispositions qu'elle renferme. »<sup>497</sup>

Contrairement au *jus cogens*, qui se réfère prioritairement à la validité des actes contraires à ses normes, les obligations *erga omnes* sont quant à elles attachées à la possibilité pour les Etats tiers de réagir en cas de violation de l'une d'entre elles.<sup>498</sup> Le *jus cogens* et les obligations *erga omnes* sont souvent présentés comme les deux faces d'une même médaille, à savoir qu'il existe certaines

---

<sup>496</sup> Heffter, cité par HANNIKAINEN, Lauri, *Peremptory norms (jus cogens) in international law...*, p. 53 et BLUNTSCHLI, Johann Caspar, *Le Droit International Codifié*, 3<sup>ème</sup> Edition, Librairie Guillaumin, Paris, 1881, pp 264-266. Ces actes étaient considérés comme des crimes contre le genre humain.

<sup>497</sup> *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Avis consultatif, Recueil C.I.J 1951, 28 mai 1951, p. 23

<sup>498</sup> TOMUSCHAT, Christian, « Reconceptualising the Debate on Jus cogens and Obligations Erga Omnes-Concluding Observations », in TOMUSCHAT, Christian, THOUVENIN, Jean-Marc, (Eds.), *The fundamental rules of the international legal order: "jus cogens" and obligations "erga omnes"*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, p. 429. Et: « Alors que les normes impératives du droit international général traitent de la portée d'un certain nombre d'obligations fondamentales et du rang de priorité qu'il convient de leur accorder, les obligations envers la communauté internationale dans son ensemble sont axées sur l'intérêt juridique qu'ont tous les États à leur respect, à savoir, dans le cadre du présent article, le fait qu'ils sont habilités à invoquer la responsabilité de tout autre État en cas de violation. Par conséquent, il est bon de faire le départ entre les conséquences de l'une et de l'autre notion. », Commentaire au chapitre III des articles sur la Responsabilité internationale des Etats, p. 303

règles de droit international qui intéressent l'ensemble des Etats.<sup>499</sup> Néanmoins, ces catégories ne sont pas similaires en tout point et n'engendrent pas les mêmes effets :

« *Cela étant, il existe à tout le moins une différence de perspective. Alors que les normes impératives du droit international général traitent de la portée d'un certain nombre d'obligations fondamentales et du rang de priorité qu'il convient de leur accorder, les obligations envers la communauté internationale dans son ensemble sont axées sur l'intérêt juridique qu'ont tous les États à leur respect, à savoir, dans le cadre du présent article, le fait qu'ils sont habilités à invoquer la responsabilité de tout autre État en cas de violation.* »<sup>500</sup>

Les obligations impératives de droit international général devraient logiquement être pourvues d'un caractère *erga omnes*, car elles affectent effectivement des valeurs et des intérêts communs à tous les Etats. Toutefois, la proposition inverse ne se vérifie pas toujours, les obligations *erga omnes* ne sont pas toutes des normes de *jus cogens*. Par exemple, la liberté de navigation dans les détroits internationaux correspond à une obligation *erga omnes*, mais ne peut être considéré comme une norme impérative de *jus cogens*, les Etats pouvant décider par accords spéciaux *inter se* d'en modifier certains aspects. Les normes *erga omnes* ne se distinguent pas « *nécessairement par leur importance quant au fond, elles présentent par contre certaines caractéristiques procédurales.* »<sup>501</sup> Elles se voient accordées une forme de priorité, mais elles ne possèdent pas automatiquement une force contraignante supérieure aux autres règles.

Le concept d'obligations *erga omnes* apparut pour la première fois dans l'*affaire du Vapeur Wimbledon*, dans laquelle la Cour permanente de Justice internationale accorda le droit aux gouvernements français, italien, britannique et japonais de saisir une instance internationale afin d'invoquer la responsabilité de l'Allemagne pour avoir violé le statut du Canal de Kiel.<sup>502</sup> La Cour internationale de Justice a également reconnu dans son Avis consultatif de 1949 sur *la Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* que certains effets juridiques issus de situations objectives étaient applicables *erga omnes*. L'Organisation des Nations Unies a été dotée par ses

---

<sup>499</sup> SIMMA, Bruno, « From bilateralism to community interest... », p. 300. Et: « *At least on paper, jus cogens and obligations erga omnes have indeed merged into a unified concept of an international community interest or international public law- even if their scope may not be completely identical.* », PAULUS, Andreas S., « *Jus Cogens in a Time of Fragmentation and Hegemony*,...,p. 317

<sup>500</sup> *Commentaire des articles sur la responsabilité internationale des Etats*, commentaires sur le chapitre III et l'article 40, p. 302.

<sup>501</sup> *Fragmentation du Droit International. Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, Rapport du Groupe d'Etude de la Commission du droit international, établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi*, cinquante-huitième session, mai-août 2006, A/CN.4/L.682, 13 avril 2006, p. 215, § 389. Ce qui distingue l'obligation *erga omnes* est l'indivisibilité juridique du contenu de cette obligation, car elle lie chacun des Etats destinataires à tous les autres, et que tout Etat peut donc invoquer son manquement.

<sup>502</sup> *Affaire du Vapeur Wimbledon*, Royaume-Uni/France/Japon v. Pologne, Recueil C.P.J.I., 1923 Séries A, jugement du 17 août 1923, p. 20 : « *Il suffit d'observer en l'espèce que chacune des Puissances demanderesse a un intérêt évident à l'exécution des stipulations qui concernent le Canal de Kiel, puisqu'elles ont toutes des flottes et des navires marchands battant leur pavillon ; elles rentrent donc, sans qu'il soit besoin pour elles de justifier d'un intérêt pécuniaire lésé, dans les prévisions de l'article 386, dont l'alinéa 1<sup>er</sup> est ainsi conçu...* »

Etats membres d'une personnalité juridique internationale objective. L'ONU peut entreprendre des actions contre des Etats non-membres, en raison de cette subjectivité juridique *erga omnes*.<sup>503</sup>

La notion d'obligation *erga omnes* a été définitivement consacrée par la Cour internationale de Justice, dans son fameux *obiter dictum*, lors de l'*affaire du Barcelona Traction*:

« Une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les Etats. Vu l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés: les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*. »<sup>504</sup>

Une obligation *erga omnes* constituerait selon la CIJ une obligation qui, d'une part, lie tout Etat à la communauté internationale dans son ensemble et qui d'autre part, lie chaque Etat à tous les autres Etats, en raison de l'importance des normes en cause. En effet, on peut distinguer en droit international deux types de règles: les règles imposant des obligations, dont la violation n'affecte qu'un seul Etat, ou plusieurs Etats directement lésés, et les règles dont les effets de la violation touchent une multitude d'Etats, indépendamment de l'existence d'un intérêt spécifique de leur part. En raison de l'importance et du rôle de ces normes, lesdits Etats acquièrent un intérêt juridique dans la protection et l'application de ces dernières. Une tendance à accepter que certaines situations donnent un droit d'action et de réaction aux Etats, « *without any showing of individual prejudice or individual substantial interest as distinguished from the general interest* », a progressivement été acceptée, tout du moins au niveau théorique.<sup>505</sup> Tout Etat pourrait invoquer la responsabilité de l'Etat coupable. Les obligations *erga omnes* imposeraient au transgresseur les devoirs correspondants, en raison du fait que ce dernier est responsable devant l'ensemble de la communauté à laquelle il appartient, ceci renversant le schéma traditionnel appliqué à des rapports juridiques purement bilatéraux.<sup>506</sup> Notons que les obligations *erga omnes* peuvent exister au sein d'une communauté légalement ou géographiquement limitée.

La CIJ a donné comme exemples de ce type d'obligations, l'interdiction des actes d'agression et du génocide, les droits fondamentaux de la personne humaine, l'interdiction de l'esclavage et de la

---

<sup>503</sup> *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, Avis consultatif du 11 avril 1949, C.I.J Recueil 1949, pp. 185 et suivantes.

<sup>504</sup> *Affaire Barcelona Traction*, *Light and Power Company, Limited*, Belgique v. Espagne, Recueil C.I.J 1970, fond, arrêt du 5 février 1970, p. 33

<sup>505</sup> Opinion dissidente du juge Jessup, *Affaires du Sud-ouest Africain*, Ethiopie v. Afrique du Sud/ Libéria v. Afrique du Sud, 2<sup>ème</sup> phase, fond, Recueil C.I.J 1966, 18 juillet 1966, pp. 387-388 et **Annexe VI. A. 1. h.**

Voir également les positions australiennes et néo-zélandaises dans l'*affaire des Essais Nucléaires*, Nouvelle-Zélande v. France, Fond, Recueil C.I.J 1974, arrêt du 20 décembre 1974, notamment sur le caractère *erga omnes* de la liberté en haute mer et de la protection de l'espace atmosphérique.

<sup>506</sup> Article 48 des *Articles sur la Responsabilité internationale des Etats*.

discrimination raciale.<sup>507</sup> Elle ajoutera le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes dans un arrêt subséquent,<sup>508</sup> ainsi que certaines obligations issues du droit international humanitaire.<sup>509</sup> Le concept d'obligation *erga omnes*, contrairement au *jus cogens*, a rencontré peu d'opposition dans la doctrine et a rapidement gagné une acceptation unanime. En plus de la coïncidence temporelle de la consécration des obligations *erga omnes* et du *jus cogens*, ces deux concepts tendent vers le même objectif, à savoir la promotion de valeurs fondamentales communes à tous les sujets du droit international. Cependant, il faut souligner une différence au niveau du langage: le *jus cogens* fait référence à des normes; une obligation *erga omnes*, à une obligation. Une obligation, généralement accompagnée de droits correspondants, constitue un rapport de droit qu'une norme juridique peut produire.<sup>510</sup>

Il est fondamental de procéder à la distinction entre normes primaires et règles secondaires, celles-ci régulant les conséquences issues des violations des premières. Les deux catégories ont des points communs, les illustrations concrètes de normes de *jus cogens* et d'obligations *erga omnes*, qui ont été données, sont très souvent identiques. Toutefois, les effets qui découlent des obligations *erga omnes* sont distincts de ceux qui sont issus des normes interdisant les dérogations.<sup>511</sup> En effet, rien n'implique que des Etats ne puissent pas conclure un accord contraire à une obligation *erga omnes*, ne relevant pas du *jus cogens*. Et même si la validité d'un tel accord peut être questionnée, rien ne laisse supposer que celui-ci sera frappé automatiquement de la nullité. Les obligations *erga omnes* n'ont pas à remplir les critères du *jus cogens* pour exister envers l'ensemble des Etats. Le caractère *erga omnes* est issu de la nature de l'obligation, ce qui donne lieu à un « *general standing* » parmi tous les Etats liés par l'obligation. La généralité du *standing*, et non le caractère indérogeable, constitue l'essence d'une obligation *erga omnes*. Les obligations *erga omnes* forment donc une catégorie plus large que celle des normes impératives de droit international général.

Il n'est pas certain que les rédacteurs de la *CVDT* aient prévu, en cas de non-observation d'une norme de *jus cogens*, les conséquences attachées aux violations d'obligations *erga omnes*, à savoir un droit de réaction pour les Etats tiers. Dans le domaine du droit de la responsabilité, *jus cogens*

---

<sup>507</sup> *Affaire Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Belgique v. Espagne, Recueil C.I.J 1970, fond, arrêt du 5 février 1970, p. 33

<sup>508</sup> *Affaire relative au Timor Oriental*, Portugal v. Australie, fond, Recueil C.I.J 1995, 30 juin 1995, p. 102, § 29

<sup>509</sup> *Conséquences Juridiques de l'Edification d'un Mur dans le Territoire Palestinien Occupé*, Avis consultatif du 9 juillet 2004, Recueil C.I.J 2004, § 155

<sup>510</sup> RAGAZZI, Maurizio, *The concept of international obligations Erga Omnes*, Oxford, Clarendon Press, 2002, pp. 191-192

<sup>511</sup> BYERS, Michael, «Conceptualising the relationship between Jus cogens and Erga Omnes Rules», *Nordic Journal of International Law*, vol. 66, 1997, p. 232

et obligations *erga omnes* sont regroupées à l'article 40§1(b), qui fait explicitement référence à la *CVDT*, par le recours au terme de « communauté internationale dans son ensemble ». Les deux notions acceptent donc que tous les Etats aient un intérêt dans l'observation de ces normes et obligations, mais la réalisation de cet intérêt n'apparaît pas sous la même forme. La *Convention de Vienne* précise, à ses articles 65 et 66, que tout Etat partie à un traité, même s'il n'est pas directement lésé, peut invoquer la nullité absolue. Ceci implique que l'intervention d'un Etat tiers non-partie au traité concerné, mais agissant sur la base d'un intérêt général, n'est pas autorisée, alors que la Cour internationale de Justice a affirmé que tout Etat avait un intérêt juridique dans le respect des normes *erga omnes*, ce qui peut justifier l'exercice de la compétence juridictionnelle pour tout Etat. En réalité, le caractère *erga omnes* pourrait venir renforcer la protection des normes impératives de *jus cogens*, également dans le cadre du droit des traités.<sup>512</sup>

## ii. Obligations *erga omnes*, applications

Les instances judiciaires, et notamment la CIJ, n'ont pas fourni une aide substantielle, ayant permis de distinguer clairement le *jus cogens* des obligations *erga omnes* et elles ont même participé à créer une certaine confusion en la matière. L'*affaire du Barcelona Traction* a développé les fondements théoriques et a précisé les contours du champ d'application des obligations *erga omnes* et a permis d'élaborer leur contenu matériel. Ces obligations possèdent un caractère spécifique en raison de leur contenu intrinsèque, ce qui justifie une réaction particulière à leur violation.<sup>513</sup> La Cour a procédé à une distinction entre la position d'un Etat lésé dans le contexte de la protection diplomatique et la position de tous les Etats dans le contexte de la violation d'une obligation due à l'ensemble de la communauté. Les juges ont cependant fait preuve d'une certaine réticence dans le fait d'accorder un *standing* aux Etats tiers lorsque des conventions internationales, comportant des procédures spéciales, trouvent application.<sup>514</sup> Il fut reconnu qu'un traité ratifié par un nombre restreint d'Etats parties peut créer des obligations *erga omnes*, dites *erga omnes partes*. Dans ce cas, il ne s'agit plus d'une question de validation par la communauté

---

<sup>512</sup> Van Hoogh souligne que la *Convention de Vienne sur le droit des traités* n'avait pas prévu la possibilité pour tout Etat de posséder un intérêt juridique dans la protection des normes de *jus cogens*, et donc d'avoir le droit de répondre à leur violation. Voir. HOOGH, André de, « The relationship between Jus cogens, obligations *Erga Omnes* and international crimes: Peremptory Norms in Perspective », *Austrian Journal of Public International Law*, vol. 42, 1991, p. 194

<sup>513</sup> « *Egalement en droit interne, lorsqu'en raison de son ampleur ou de sa nature, l'acte illicite porte atteinte à des valeurs sociales perçues comme importantes, une réaction collective vient s'ajouter au droit à la réparation du lésé, c'est l'action pénale conduite au nom de la collectivité. Il s'agit du même processus en droit international, sauf qu'il n'existe pas d'autorité centralisée pouvant mener une action au nom de la communauté internationale, excepté peut-être le Conseil de sécurité.* », souligné par DOMINICE, Christian, « A la recherche des droits *Erga Omnes* », in *Droits du pouvoir, pouvoir du droit: mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 361

<sup>514</sup> *Affaire Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Belgique v. Espagne*, Recueil C.I.J 1970, fond, arrêt du 5 février 1970, § 91

internationale.<sup>515</sup> Par exemple, les traités de protection des droits de l'homme donnent naissance à des droits et obligations mutuels entre chaque Etat partie envers tous les autres.<sup>516</sup> Ces droits et obligations peuvent dériver des normes impératives, mais ce n'est pas toujours le cas. Les Etats qui ne sont pas liés par le régime peuvent déroger à ces règles. Il n'y a donc pas de coïncidence entre *jus cogens* et obligations *erga omnes* dans ce cas.<sup>517</sup> Finalement, la CIJ réaffirma la base consensuelle de sa compétence: en plus de l'intérêt juridique, un lien juridictionnel entre l'Etat invoquant la responsabilité et l'Etat supposé être coupable doit exister, afin qu'un Etat non directement affecté par la violation puisse avoir un *jus standi* devant la CIJ.<sup>518</sup>

Dans l'affaire du *Timor Oriental*, la Cour rejeta la demande du Portugal, sous prétexte que l'Indonésie n'était pas partie au différend. La Cour, après avoir reconnu le caractère *erga omnes* du droit à l'auto-détermination des peuples, refusa un *jus standi* au Portugal, distinguant entre le principe du consentement à la juridiction obligatoire et la nature des normes en cause.<sup>519</sup> Ceci a été répété dans l'affaire relative aux activités armées au Congo, relativement aux obligations *erga omnes* et au *jus cogens*.<sup>520</sup> La CIJ se référa aux obligations *erga omnes* dans d'autres affaires par la suite.<sup>521</sup> Dans l'Avis consultatif relatif aux *Conséquences Juridiques de l'Edification d'un Mur*

---

<sup>515</sup> TERAYA, Koji, « Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-Derogable Rights », *European Journal of International Law*, vol. 12, n°5, 2001, p. 934

<sup>516</sup> Un Etat non-partie à la Convention européenne des droits de l'homme ne peut invoquer la responsabilité d'un Etat partie, qui aurait violé un droit protégé par ladite convention.

<sup>517</sup> Le concept d'obligations *erga omnes* peut en conséquence viser des obligations relevant d'un traité multilatéral auxquelles un Etat partie à ce traité est tenu envers tous les autres Etats parties (obligations *erga omnes partes*) ou envers des Etats qui n'y sont pas parties, en tant que tierces parties bénéficiaires. En outre, des régimes territoriaux ont été fréquemment qualifiés par l'expression *erga omnes*, visant leur opposabilité à tous les Etats. Ainsi, il a été soutenu que les traités territoriaux ou d'établissement de frontières représentent une réalité juridique touchant nécessairement aux droits des Etats tiers et qu'ils ont de ce fait un effet *erga omnes*.

<sup>518</sup> Ceci fut déjà soutenu par la CIJ dans les affaires relatives au *Sud-ouest Africain*. La Cour rejeta finalement l'idée d'un *actio popularis*, en tant que droit de tout membre de la communauté internationale d'invoquer des violations du droit international sans nécessairement avoir un intérêt direct. L'intérêt juridique que tout Etat possède relativement à la protection des obligations *erga omnes* ne suffit donc pas pour avoir un *locus standi* devant la Cour. *Affaires du Sud-ouest Africain*, Ethiopie v. Afrique du Sud/ Libéria v. Afrique du Sud, 2<sup>ème</sup> phase, fond, Recueil C.I.J 1966, 18 juillet 1966, §88 et voir les Opinions individuelles des juges Jessup et Bustamente en 1962, **Annexes IV. A. 1. g. et h.**

<sup>519</sup> *Affaire relative au Timor Oriental*, Portugal v. Australie, fond, Recueil C.I.J 1995, 30 juin 1995, p. 105, § 29

<sup>520</sup> *Affaire relative aux activités armées sur le territoire du Congo*, République démocratique du Congo v. Rwanda, Compétence de la Cour et recevabilité de la requête, 3 février 2006, § 64: « La Cour observe toutefois qu'elle a déjà eu l'occasion de souligner que «l'opposabilité erga omnes d'une norme et la règle du consentement à la juridiction sont deux choses différentes» (*Timor oriental (Portugal c. Australie)*, C.I.J. Recueil 1995, p. 102, par. 29), et que le seul fait que des droits et obligations erga omnes seraient en cause dans un différend ne saurait donner compétence à la Cour pour connaître de ce différend. Il en va de même quant aux rapports entre les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) et l'établissement de la compétence de la Cour: le fait qu'un différend porte sur le respect d'une norme possédant un tel caractère, ce qui est assurément le 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.»

<sup>521</sup> *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-ouest africain) nonobstant la résolution 276 du Conseil de sécurité*, Recueil C.I.J 1971, 21 juin 1971, pp. 16 et suivantes; *Affaire des Essais Nucléaires, Nouvelle-Zélande v. France*, Fond, Recueil C.I.J 1974, arrêt du 20 décembre 1974, p. 457; *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de Génocide*,

dans le Territoire Palestinien Occupé, la Cour, a classifié sous le titre d'obligations *erga omnes*, des normes qui relevaient clairement du *jus cogens*. Elle a d'ailleurs appliqué le régime élaboré par la Commission du droit international concernant les violations graves de normes impératives.<sup>522</sup> Cette attitude ambiguë est certainement due à la réticence de l'instance judiciaire d'employer le terme de *jus cogens* tout en désirant condamner des actes qu'elle considère intolérables et contraires aux piliers fondamentaux du droit international.<sup>523</sup>

Ces illustrations démontrent que les obligations *erga omnes* ne génèrent pas automatiquement des conséquences dans la pratique, et que leur opérationnalité se voit limitée. Tout comme les normes de *jus cogens*, elles jouent une fonction symbolique essentielle, en rappelant l'importance de certaines valeurs. Les deux ensembles normatifs constituent des mécanismes de promotion et d'imposition axiologique, mais les obligations *erga omnes*, ne sont pas définies par leur dimension indérogable, ce qui les différencie définitivement des normes impératives.

### iii. Crimes internationaux et *jus cogens*

La Commission du droit international a défini le crime international comme « *le fait internationalement illicite qui résulte d'une violation par un Etat d'une obligation internationale si essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale que sa*

---

*Bosnie-Herzégovine v. Yougoslavie*, exceptions préliminaires, Recueil C.I.J 1996, § 31 et arrêt du 26 février 2007, § 147.

<sup>522</sup> *Conséquences Juridiques de l'Édification d'un Mur dans le Territoire Palestinien Occupé*, Avis consultatif du 9 juillet 2004, Recueil C.I.J 2004, §§ 155-159: la Cour emploie le terme de violations graves de normes *erga omnes*, et non de *jus cogens*. La CIJ applique les conséquences définies à l'article 41 des Articles sur la Responsabilité internationale des Etats : § 159 : « *Vu la nature et l'importance des droits et obligations en cause, la Cour est d'avis que tous les Etats sont dans l'obligation de ne pas reconnaître la situation illicite découlant de la construction du mur dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est. Ils sont également dans l'obligation de ne pas prêter aide ou assistance au maintien de la situation créée par cette construction. Il appartient par ailleurs à tous les Etats de veiller, dans le respect de la Charte des Nations Unies et du droit international, à ce qu'il soit mis fin aux entraves, résultant de la construction du mur, à l'exercice par le peuple palestinien de son droit à l'autodétermination. En outre, tous les Etats parties à la convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, du 12 août 1949, ont l'obligation, dans le respect de la Charte des Nations Unies et du droit international, de faire respecter par Israël le droit international humanitaire incorporé dans cette convention.* »

Dans la même perspective, voir *L'affaire du Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, qui offre un bel exemple de confusion terminologique, en employant des termes tels que « *caractère impératif des obligations incombant à l'Iran* », *Affaires du Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, Etats-Unis d'Amérique v. Iran, Recueil C.I.J 1979, ordonnance sur la demande en indication en mesures conservatoires du 15 décembre 1979, § 41 et *Affaires du Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, Etats-Unis d'Amérique v. Iran, Recueil C.I.J 1980, fond, arrêt du 24 mai 1980, § 88

<sup>523</sup> BIANCHI, Andrea, « *Human Rights and the Magic...* », p. 502. Voir l'opinion individuelle du juge Higgins joint à l'Avis consultatif sur le Mur, §§37-38: « *37. (...) mais, à la différence de la Cour, je ne pense pas que la conséquence des violations identifiées du droit international qui y est indiquée ait quelque chose à voir avec le concept d'erga omnes. La célèbre sentence de la Cour dans l'affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited est souvent invoquée à tort et à travers... Cette sentence visait une question très particulière de locus standi... Cela n'a rien à voir avec l'imposition d'obligations de fond à des tiers dans une affaire.*

*38. Il est évident que les tiers ne doivent pas reconnaître une situation illicite ni y contribuer; il n'y a pas lieu pour cela d'invoquer le concept incertain d'erga omnes.*»

*violation est reconnue comme un crime par cette communauté dans son ensemble (...) ».*<sup>524</sup> Cette catégorie de violation est caractérisée par l'importance de l'obligation violée, la gravité de la transgression et des dommages qui en résultent. Le crime international doit logiquement impliquer des conséquences juridiques différentes, que celles issues d'un simple délit, tant sur le plan de la définition de l'Etat lésé, du droit d'invoquer la responsabilité de l'Etat coupable, qu'au niveau des questions relatives aux réparations. Cette notion, inspirée du droit pénal, fut introduite par Roberto Ago en 1976 à l'article 19 de son projet sur la responsabilité internationale des Etats. Il voulait distinguer les simples délits, faits internationalement illicites ordinaires impliquant une relation bilatérale entre l'Etat auteur du fait illicite et l'Etat lésé, des crimes internationaux, portant atteinte à des valeurs fondamentales de la communauté internationale et affectant l'ensemble des Etats, rompant ainsi avec l'indifférence du droit de la responsabilité internationale au regard de l'origine de l'obligation transgressée. Le crime international devient, dans cette optique, porteur et garant des aspirations et idéaux collectifs. Ce terme rencontra de vives résistances, et fut finalement supprimé par la Commission du droit international dans le texte définitif d'articles de 2001.

Le lien entre *jus cogens* et crime international peut être résumé comme suit : un petit nombre de normes impératives de droit international général engendrent, suite à leur violation, qui doit être grave, un régime de responsabilité renforcé, car ces transgressions touchent aux intérêts objectifs de l'ensemble de la communauté.<sup>525</sup> Les conséquences sont définies par l'article 41 des articles relatifs à la responsabilité internationale des Etats, à savoir, en plus des modes traditionnels de réparation, l'obligation de coopérer, par des moyens licites, afin de mettre fin à la violation et l'obligation de ne pas reconnaître une situation issue de ce type d'infraction et de ne pas porter assistance au maintien de celle-ci.

Il est vrai que le *jus cogens* apparaît originellement dans le cadre du droit des traités. Mais, la *Convention de Vienne* n'a fait que constater l'existence des normes impératives et indérogeables et n'a pas créé à cette occasion une nouvelle catégorie juridique. Il paraît donc logique que le droit international ait pris en compte le caractère de la norme violée dans le cadre de la responsabilité internationale des Etats, en introduisant une distinction dans les conséquences attachées au non-

---

<sup>524</sup> *Projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats*, 1996, article 19§2. Le paragraphe 3 soumet une liste non-exhaustive d'exemples. Le crime international, contrairement au crime de droit international - fait individuel commis par une personne physique ou morale, qualifié d'infraction pénale par le droit international coutumier ou conventionnel - se limite aux faits attribuables aux seuls Etats, tiré de SALMON, Jean, (Dir.), *Dictionnaire de Droit International Public*,..., p. 289

<sup>525</sup> La Commission du droit international a affirmé: « (...) although it may be true that failure to fulfil an obligation established by a rule of *jus cogens* will often constitute an international crime, it cannot be denied that the category of international obligations admitting of no derogation is much broader than the category of obligations whose breach is necessarily an international crime. », *Yearbook of the International Law Commission*, 1976, vol. II, Partie 2, p. 120

respect d'une norme, selon que celle-ci soit ordinaire ou impérative, non-grave ou grave, et ceci, en dehors du contexte conventionnel. Le crime est constitué de deux éléments: la gravité de la violation, définie comme un manquement flagrant ou systématique à l'exécution de la violation, et par le caractère essentiel des intérêts protégés.<sup>526</sup> Le *jus cogens* est quant à lui déterminé par son effet juridique, l'indérogeabilité, qui mène à la nullité des accords et actes juridiques contraires. Malgré que le catalogue des crimes internationaux et de normes de *jus cogens* ne diffèrent que peu, la catégorie du crime international est plus étroite, la gravité de la violation étant indépendante de la nature de l'obligation.<sup>527</sup> Il demeure complexe de déterminer quel seuil de gravité doit atteindre une transgression d'une norme impérative pour être considérée comme une violation grave. Ceci explique sûrement la tendance à appliquer le régime prévu pour les crimes à toute violation de normes impératives.

La Commission du droit international, en codifiant le droit de la responsabilité des Etats, s'est donnée la mission de rappeler que certains actes ne seraient plus tolérés à l'avenir. Les termes utilisés, n'ont pas été choisis par hasard. *Jus cogens*, obligations *erga omnes* et crimes internationaux représentent également des outils rhétoriques, au regard des émotions qu'ils engendrent et des considérations auxquels ils font écho. Ils remplissent une fonction commune, à savoir qu'ils reflètent l'exigence contemporaine que certains principes et certaines valeurs fondamentales liant la communauté internationale nécessitent une protection spéciale et/ou une sanction spécifique à leur violation. Les trois notions présument l'existence d'une communauté internationale capable d'entrer dans des relations juridiques et de réagir à des violations impliquant une menace pour l'ensemble du système.<sup>528</sup> Les obligations *erga omnes* donnent théoriquement naissance à un droit de réaction pour les Etats tiers en cas de violation. La notion de *jus cogens* détermine les effets de violations d'obligations *erga omnes* sur la validité des actes juridiques, alors que le crime international est lié à la mise en œuvre des normes impératives *erga omnes* dans le contexte de la responsabilité internationale des Etats.

Les articles sur la responsabilité internationale des Etats a en somme réuni ces trois phénomènes juridiques pour leur attribuer des conséquences juridiques propres et mettre en place un cadre

---

<sup>526</sup> Article 40§2 des Articles sur la Responsabilité internationale des Etats.

<sup>527</sup> « ...la notion de crime international et celle de règle impérative sont deux notions émanant du même principe mais qui ne coïncident pas totalement. », Roberto Ago cité par SPINEDI, Marina, « D'une codification à l'autre: Bilatéralisme et Multilatéralisme dans la genèse de la codification du droit des traités et du droit de la responsabilité internationales des Etats », in DUPUY, Pierre-Marie, (Dir.), *Obligations multilatérales, Droit impératif et Responsabilité internationale des Etats*, Paris, Pedone, 2003, p. 55

<sup>528</sup> AGO, Roberto, « Obligations *erga omnes* and the international community, in WEILER, Joseph H.H., CASSESE, Antonio, SPINEDI, Marina, (Eds.), *International Crimes of State: a critical analysis of the ILC's draft article 19 on State responsibility*, Berlin, New-York, W. de Gruyter, 1989, p. 237

institutionnel pour faire face aux violations éventuelles. Le texte final d'articles et ses projets antérieurs ont tenté de renforcer la tendance à la multilatéralisation, voire même à l'universalisation de l'arène internationale, en établissant des relations juridiques entre un Etat coupable d'une violation du droit international et des Etats non-directement affectés par celle-ci.<sup>529</sup> Le développement de ces concepts participe à la mise en place d'une gradation de la normativité, aussi bien au niveau juridique, qu'axiologique. Néanmoins, leur identification et leur mise en œuvre restent des sujets controversés :

« *The trend to draw a distinction between different categories of international legal norms is always present (...). The criteria of distinction and – first of all - means of enforcement are still unclear.* »<sup>530</sup>

La problématique de l'indérogeabilité est prioritairement liée au *jus cogens*. Les obligations *erga omnes*, même si elles sont dues à l'ensemble de la communauté, peuvent être sujettes à des dérogations, si elles ne sont pas impératives. Les crimes n'admettent certes pas les dérogations, mais ne sont pas définis intrinsèquement par cette dimension. Cette section sur la problématique des normes fondamentales avait pour optique de prouver le rôle symbolique joué par ces dernières au sein de l'ordre juridique international. L'indérogeabilité remplit indubitablement une fonction axiologique, mais d'autres concepts juridiques peuvent aussi mener à imposer certaines valeurs.

### **3. Fonction de hiérarchisation et constitutionnalisation du droit international**

#### **a. Le *jus cogens* comme un ensemble de normes constitutionnelles indérogeables**

Le *jus cogens* constitue un facteur d'ordonnement de la communauté internationale, en tentant de fonder celle-ci sur une éthique commune et des intérêts collectifs, et en postulant l'existence d'un nombre limité de normes et de principes prioritaires, que les sujets de droit international se doivent absolument de respecter.<sup>531</sup> Selon certains, les normes impératives participeraient au mouvement de constitutionnalisation du droit international et auraient mené à l'émergence d'une hiérarchie des normes internationales. Cette hiérarchie est perçue comme un moyen d'éviter l'anarchie au sein des relations internationales.

« *...peremptory norms of general international law serve as public order embodying material constitutional provisions of international law.* »<sup>532</sup>

Tout ordre juridique devrait être défini par certaines normes constitutionnelles, qui déterminent de quelle manière les règles naissent, se développent, se maintiennent et peuvent être modifiées.

---

<sup>529</sup> Ce que Weil appelle la « *multiplication des titulaires actifs et passifs des rapports juridiques* ». WEIL, Prosper, « *Cours général: le droit international en quête de son identité* »,..., p. 283

<sup>530</sup> CZAPLINSKI, Władysław, «Concepts of Jus cogens and Obligations *Erga Omnes* in International Law in the Light of Recent Developments», *Polish Yearbook of International Law*, vol. 23, 1997-1998, p. 97

<sup>531</sup> BIANCHI, Andrea, « Human Rights and the Magic... », p. 495

<sup>532</sup> VAN HOOF, Godefridus, J.H., *Rethinking Sources of International Law*, Deventer/Antwerp, Kluwer, 1983, p. 151

Celles-ci ont pour conséquence de restreindre le pouvoir des législateurs de créer et abroger les règles essentielles au fonctionnement du système. Toute règle de droit doit être définie à la lumière de sa validité constitutionnelle. Les valeurs et standards introduits en droit positif par le *jus cogens* deviennent alors des lignes directrices guidant l'attitude des Etats sur la scène internationale et délimitant leurs sphères de compétences.

« *Le jus cogens se confond alors à un phénomène de hiérarchie normative très particulière, liées aux spécificités fonctionnelles de ces principes constitutionnels. Il devient le garant normatif de la survie de l'ordre social et juridique international en cela qu'il assure la pérennité de la constitution internationale.* »<sup>533</sup>

Les normes de *jus cogens* peuvent être alors soit assimilées à un ensemble de principes métajuridiques, qui existaient antérieurement à l'ordre international,<sup>534</sup> soit à un ensemble de principes généraux, perçus comme communs à tous les ordres juridiques, et donc également nécessaires au sein du droit international.<sup>535</sup> Ces propositions juridiques fondamentales et suprêmes, d'ordre matériel et structurel, garantes de l'unité du système, remplissent des fonctions primordiales, qui expliquent leur caractère indérogeable. Le *jus cogens* est identifié avec un groupe de principes constitutionnels situés tout en haut de l'échelon normatif. On peut citer comme illustration les principes suivants: *pacta sunt servanda*, l'effet relatif des traités, la bonne foi, la force majeure, *res judicata*, ainsi que les règles sur la distribution des compétences, sur la personnalité juridique, sur les conditions de création de validité, de modification et d'extinction des normes, et ainsi de suite.<sup>536</sup>

On peut se demander avec raison, si le rang suprême de ces principes coïncide avec leur caractère impératif: certaines normes et certains principes, tels que *pacta sunt servanda*, la bonne foi ou

---

<sup>533</sup> KOLB, Robert, *Le Jus cogens international...*, p. 104.

« *All these sets of prescriptions can be logically characterized as meta rules, rules on how the bulk of other rules are produced, how they enter into force, how they are implemented and who, in case of differences over their interpretation and application, is empowered to settle an ensuing dispute.* », TOMUSCHAT, Christian, « Obligations arising for States without or against their will », *RCADI*, vol. 281, 1999, p. 216.

<sup>534</sup> Voir à ce sujet les théories des écoles italienne et allemande, (Romano, Quadri/Verdross, Mosler) sur la constitutionnalisation du droit international, qui recherchent l'existence d'une norme objective (*Grundnorm* chez Kelsen) pouvant expliquer le pouvoir de création juridique et déterminer les conditions de validité, de modification ou d'extinction des normes de droit international. Cela présuppose l'existence de principes antérieurs à l'expérience juridique, formant une constitution internationale. En effet, sans une constitution, il ne peut y avoir d'ordre juridique. Les Allemands considèrent que les fondements des principes constitutionnels sont les considérations en matière de justice et de bien commun, alors que l'école italienne voit dans les institutions un moyen d'assurer l'ordre social : la base de la constitution réside donc sur un fait social. D'autres ont trouvé dans la *Charte des Nations Unies*, et dans les autres traités constitutifs des organisations internationales, un support concret à l'idée de constitution (Rolin, Nicoloudis, Gomez Robeldo, Hartman). Le *jus cogens* devient le droit constitutionnel international, tiré de KOLB, Robert, *Le Jus cogens international...*, p. 108

<sup>535</sup> Voir HARLE, JEANICKE, MIAJA DE LA MUELA.

<sup>536</sup> « *A rule such as pacta sunt servanda is natural to the international community of states because there would be no such community without such a rule. The norm is intrinsic to the very existence of the given community.* », JANIS, Mark W., « The Nature of Jus cogens »,...p. 363

Voir également, KOLB, Robert, *Le Jus cogens international...*, pp. 98-113

*rebus sic stantibus*, sont indérogeables en raison de leur structure intrinsèque, toute dérogation à ceux-ci est logiquement impossible, car elle mènerait à un paradoxe. Néanmoins, l'effet de ces principes, à savoir interdire toute dérogation, est le même que pour les autres normes impératives, il n'est donc pas nécessaire de les mettre dans une catégorie à part, uniquement parce qu'ils ne génèrent pas l'invalidité de l'accord incompatible. Selon Orakhelashvili, les règles importantes pour le fonctionnement du système ne sont pas toutes impératives et indérogeables. D'après lui, il est toujours nécessaire de se référer à la valeur et la matière protégées, pour en déduire le caractère impératif.<sup>537</sup> Si la norme protège une valeur commune et si une possible dérogation à celle-ci peut affecter cette valeur, alors il y'a présomption d'impérativité de la norme dite « constitutionnelle ».

Cette tendance à considérer les normes de *jus cogens* comme formant la constitution du système juridique international est guidée par la volonté de calquer l'ordre international sur les modèles domestiques. L'analogie faite avec les situations nationales, phénomène que déjà observé relativement à l'ordre public, démontre une mauvaise perception du droit international, qui ne devrait aucunement tenter de copier les systèmes internes, en raison des différences au niveau de leur structure et de leur degré d'institutionnalisation et de centralisation.<sup>538</sup> L'argument repose sur le besoin d'une hiérarchie formelle comme condition d'existence du droit. Le droit international se doit d'être un système hiérarchisé, afin de pouvoir fonctionner efficacement. Il doit par conséquent être fondé sur une base objective, qui lui permet de se soustraire à la tyrannie et à l'arbitraire des volontés. Les règles de droit international seraient donc agencées en niveaux différents. L'indérogeabilité et la nullité comme sanction des violations des normes de *jus cogens* constitueraient des preuves évidentes que cet ensemble normatif forme le plafond constitutionnel. Cette approche remet en cause la théorie positiviste basée sur l'équivalence des normes et des sources des règles de droit international, en introduisant une normativité graduée.<sup>539</sup>

Bien que le *jus cogens* introduise une impression de priorisation en droit international, il n'établit pas pour autant une hiérarchie formelle et rigide entre les normes. Selon le Professeur Koskenniemi, toute hiérarchie fixe tend à sous-estimer les désaccords et les contradictions existants sur le contenu et les aspirations du droit international. Une hiérarchie présuppose en effet

---

<sup>537</sup> ORAKHELASHVILI, Alexander, *Peremptory norms...*, pp. 46-47

<sup>538</sup> «...the international normative system, given the specific structure of the society it is called on to govern, is less elaborate, more rudimentary than domestic legal orders- which of course, does not mean that it is their inferior or less legal than they: it is just different.», WEIL, Prosper, «Towards Normative Relativity in International Law », *American Journal of International Law*, 1983, vol. 77, p. 413

<sup>539</sup> «The international normative system has traditionally been characterized by its unity: whatever their formal origins, whatever their object or importance, all norms are placed on the same plane, their interrelations ungoverned by any hierarchy, their breach giving rise to an international responsibility subject to one uniform regime.», *ibidem*, p. 423

un consensus sur les fondements du droit international, qui fait défaut au sein du système international.<sup>540</sup> Le type de classification mis en place repose sur le contenu matériel des règles, et sur la perception de leur importance pour l'ensemble « de la communauté internationale ». Ces règles peuvent posséder une force normative différente, qui peut et doit varier au fil de l'évolution des mentalités : *jus cogens*, obligations *erga omnes*, crimes internationaux ou les traités, qui affirment leur primauté, tels la *Charte des Nations Unies*, participent à une hiérarchisation axiologique du droit international, car ces notions ont toutes pour fonction de véhiculer et protéger des valeurs et des intérêts.

« This formal notion of constitution, which reflects the emphasis placed by the contemporary epoch on clarity, certainty and rationality of the law and which now largely prevails at the level of nation State with regard to the organization of political power, stands in opposition to a substantive concept of constitution that focuses on the nature of the relevant rules...without regard for their formal sources. »<sup>541</sup>

Même si l'idée d'une constitution formelle au sommet de l'ordre juridique international doit être rejetée, nous n'adhérons pas pour autant à la tendance opposée aux théories constitutionnalisantes, selon laquelle le *jus cogens* pourrait être trouvé à tout niveau de la hiérarchie normative<sup>542</sup> et que le droit international ne connaît aucune gradation. En plus d'être un standard de validité de production normative, le *jus cogens* accorde la priorité à certaines normes, en raison du contenu matériel de celles-ci et de leurs fonctions. Cette gradation normative matérielle est inévitable: en effet, plus une société est hétérogène, plus il est nécessaire de trouver des standards et des objectifs communs, même s'il est difficile d'établir la supériorité de certaines valeurs et autres considérations axiologiques.<sup>543</sup> Dans cette perspective, l'acceptation de normes et principes fondamentaux devrait être dans le futur accompagnée de développements institutionnels permettant la détermination et la mise en œuvre effective de ceux-ci, ainsi que la préservation d'un ordre public international naissant. Cette classification des normes du droit international a un aspect intrinsèquement contingent, d'où un constat qui s'impose : la force normative des règles juridiques n'est pas un attribut immuable de celles-ci, mais fluctue au gré des croyances et des perceptions collectives relativement au droit et à sa puissance contraignante.

---

<sup>540</sup> KOSKENNIEMI, Martti, «Hierarchy in International Law: a Sketch», *European Journal of International Law*, vol. 8, n°4, 1997. Le droit international est selon lui caractérisé par un processus de renversement constant des hiérarchies, p.582.

<sup>541</sup> TOMUSCHAT, Christian, « Obligations arising for States without or against their will»,..., p. 217. La conception formelle de la constitution qu'il décrit est celle d'une constitution toute entière regroupée dans un seul document.

<sup>542</sup> ALEXIDZE, Levan, « Legal nature of Jus cogens ... », p. 266 et KOLB, Robert, *Le Jus cogens international*,..., pp. 138-139.

<sup>543</sup> « ...constitutional dimension of international law has the capability of giving certain values a certain place in the international legal order.», KIRCHNER, Stefan, « Relative Normativity and the Constitutional Dimension of International Law: A place for Values in the International Legal System?», *German Law Journal*, vol. 5, n°1, 2004, p. 57

## b. Prosper Weil et la peur d'une normativité graduée

Certains auteurs, dont Prosper Weil, ont contesté l'existence d'une hiérarchie des normes en droit international et l'émergence d'une communauté internationale unifiée liée par des valeurs et principes communs.<sup>544</sup> Dans son célèbre article, Prosper Weil exprime sa crainte relativement à l'introduction de critères matériels dans la détermination des droits et obligations internationaux et de leur importance normative. La mise en place d'une telle hiérarchie empêcherait le droit international de remplir ses fonctions, à savoir réguler les relations internationales et assurer la coexistence et la coopération entre les Etats.<sup>545</sup> Le *jus cogens*, tout comme la notion de *soft law*, ne seraient que des pathologies du système juridique international, menant à une dilution et une relativisation de la normativité, ce qui aurait à terme pour conséquence de déstabiliser le système et de briser son unité.<sup>546</sup> La normativité devient une question de degré, de « *more or less* », certaines normes étant considérées comme plus contraignantes que d'autres. Weil perçoit toujours la société internationale comme un ordre horizontal et décentralisé, totalement antinomique avec l'idée que des obligations puissent émerger contre ou sans la volonté des Etats :

« For more than ever, international society remains at bottom a society of juxtaposition, founded on the sovereign equality of States...while they remain equal, states also remain, more than ever, different from each other...»<sup>547</sup>

L'auteur appréhende uniquement le *jus cogens* comme un ensemble indéfini de normes matérielles reflétant les valeurs fondamentales de la communauté internationale et n'aborde que très peu les autres fonctions pouvant être remplies par des règles dites indérogeables pour le bon fonctionnement du système dans son état actuel, ainsi que pour son évolution future. Selon cette approche, l'introduction du *jus cogens* en droit international correspond à un retour au droit naturel et à un passage d'un droit basé sur la neutralité et la positivité des règles à un droit qui repose sur des valeurs subjectives dont le contenu demeure flou. Cette incertitude peut être employée par les Etats puissants ou les Etats « voyous » agissant au détriment du bon fonctionnement du système. Le droit se voit alors contaminé par des considérations non-juridiques et perd sa pureté originelle. Ce processus entraîne la politicisation du droit international et son éventuelle manipulation, à des fins égoïstes.

---

<sup>544</sup> WEIL, Prosper, « Towards Normative Relativity in International Law », *American Journal of International Law*, 1983, vol. 77. Weil admet néanmoins que les Etats ne devraient pas avoir une faculté illimitée de conclure des accords sur n'importe quelle matière. Il veut restreindre l'existence du *jus cogens* à un très petit nombre de règles. Voir aussi, WEIL, Prosper, « Cours général: le droit international en quête de son identité », *RCADI*, 1992-VI, vol. 237 pp. 19-29.

<sup>545</sup> FASTENRATH, Ulrich, « Relative Normativity in International Law », *European Journal of International Law*, vol. 4, n°3, 1993, pp. 305-306

<sup>546</sup> WEIL, Prosper, « Towards Normative Relativity... », pp. 415-423.

<sup>547</sup> WEIL, Prosper, « Towards Normative Relativity... » p. 419

La peur de Prosper Weil ne paraît pas fondée et ne correspond pas aux réalités contemporaines. Le droit international a besoin d'une gradation de sa normativité et ceci pour des raisons évidentes : les relations internationales ont changé et l'importance du consentement de l'Etat dans la formation des normes a été réduite, d'autres acteurs participant au processus législatif.<sup>548</sup> Le droit international s'est complexifié et s'est étendu à des nouveaux domaines ; il est en conséquence nécessaire d'établir un certain ordre.<sup>549</sup> Peu importe le terme employé pour définir les normes devant guider le processus juridique au plan international, *jus cogens*, ordre public, droit constitutionnel : cette catégorie normative indérogeable a pour objectif la préservation d'une certaine cohérence, qui repose sur la protection d'un nombre limité de valeurs collectives. Une normativité relative représente un facteur de progrès, car elle assure que le droit international, incarne les aspirations sociétales, fonction primordiale, au vu de l'absence de mécanisme de mise en œuvre :

*«...the primacy of ethics over the aridity of positive law and...it reflects awareness of an increased solidarity and the aspiration to a greater unity overspanning ideological and economic difference.»<sup>550</sup>*

#### **4. Fonction de rationalisation et de structuration**

##### **a. Le *jus cogens* comme un facteur favorisant la stabilité**

La conclusion atteinte en vertu de laquelle, il est difficile d'assimiler le *jus cogens* à une constitution, ne signifie point que les normes impératives ne jouent pas un rôle d'ordonnement du système.<sup>551</sup> Certaines normes sont nécessaires à la structure, à l'unité et au bon fonctionnement de tout ordre juridique.<sup>552</sup> Les normes impératives de droit international général agissent comme un complément ou un substitut aux multiples tentatives d'institutionnalisation et d'organisation de la vie internationale.

---

<sup>548</sup> «States will no doubt continue to play a key role on the international stage in the future, yet they will no longer, and already do no longer, act alone. International Law in other words is no longer the states' family business.», KIRCHNER, Stefan, « Relative Normativity and the Constitutional Dimension of International Law: A place for Values in the International Legal System?»,..., p. 56

<sup>549</sup> SHELTON, Dinah, «International Law and Relative Normativity», in EVANS, Malcolm, D. (Ed.), *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 145. U. Fastenrath considère que la complexification de l'ordre juridique international va rendre la formulation de valeurs communes nécessaire. FASTENRATH, Ulrich, « Relative Normativity in International Law », *European Journal of International Law*, vol. 4, n°3, 1993, p. 339.

<sup>550</sup> TASIOLAS, John, «In Defence of Relative Normativity: Communitarian Values and the Nicaragua Case», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 16, 1996, p. 123.

<sup>551</sup> «[*Jus cogens*] seems to purport a restructuring of the international community on a set of common values and interests, for which *jus cogens* provides, at least potentially, a proper ordering factor by postulating the pre-eminence of certain rules and their underlying values.», BIANCHI, Andrea, « Human Rights and the Magic... », p. 494.

<sup>552</sup> «The urgent need to act (...) fundamentally challenges the consensual framework of the international system by seeking to impose on dissenting States obligations that the international community deems fundamental. », Dinah Shelton, cité par KIRCHNER, Stefan, « Relative Normativity and the Constitutional Dimension of International Law: A place for Values in the International Legal System? », *German Law Journal*, vol. 5, n°1, 2004, pp. 51-52

« Les rapports harmonieux entre sujets de droit doivent reposer sur un substratum solide (...) les rapports interétatiques doivent se conformer à certains principes, dont la méconnaissance rendrait illusoire toute coexistence et toute coopération. »<sup>553</sup>

Le *jus cogens* est lié à des normes véhiculant des valeurs fondamentales, mais également à des normes et des principes inhérents et inséparables du système, par exemple, les principes relatifs à l'interdiction du recours à la force, d'égalité souveraine ou de non-intervention dans les affaires intérieures. Il est possible d'affirmer que les normes protégeant les prérogatives des Etats et leurs droits en tant que membres de la société internationale relèvent également du *jus cogens*, car ces normes sont co-substantielles à l'ordre social et juridique de la société internationale. Elles définissent les comportements et situations permis, interdits ou conseillés.

La question de l'indérogeabilité de ces principes se pose: un Etat peut renoncer à sa souveraineté ou à son intégrité territoriale, mais cela ne remet pas en cause la dimension fondamentale de ces principes pour l'ensemble des relations internationales. Ces normes remplissent une fonction essentielle pour le maintien et le développement du système juridique, car elles sont directement rattachées aux objectifs du droit international. Toutefois, les opinions existantes relativement à la détermination de ces objectifs et de leur importance relative reflètent des divergences de vues. Le maintien de la paix est-il plus important que le droit des peuples à l'auto-détermination? Le principe de souveraineté prime-t-il sur la protection des droits de l'homme? Ces conflits doivent être tranchés au cas par cas, car il ne semble pas qu'une hiérarchie rigide ait été établie entre ces principes, même si une tendance à favoriser la protection des droits de l'homme se profile. Le plus souvent, l'autorité qui aura à se prononcer constituera l'élément clef, car elle résoudra le conflit sur la base de ses intérêts et valeurs spécifiques.

En tant que facteur de rationalisation et d'ordonnement du système juridique international, le *jus cogens* peut être considéré comme composé des deux branches, permettant ainsi de réconcilier les tendances en opposition. D'une part, le *jus cogens* des positivistes est formé des règles minimales de conduite et des principes structurels de base ; d'autre part, les normes impératives, qui reflètent les besoins sociaux et les intérêts communautaires, le *jus cogens* des jusnaturalistes.

---

<sup>553</sup> SUY, Erik, *Rapport sur le Jus cogens...*, p. 92

## b. Le *jus cogens*, outil répressif et dissuasif

Un acte dérogatoire à une norme de *jus cogens* est sanctionné par la nullité. La nullité est une sanction extrêmement grave en droit international, car elle efface tout effet juridique produit par l'acte contraire. De plus, toute violation d'une norme de *jus cogens* peut mener, théoriquement, à la réaction d'Etats tiers non directement lésés, en vertu du caractère *erga omnes* de la norme. La lourdeur de la sanction et la capacité des Etats tiers de réagir sont expliqués par l'importance fondamentale de la norme.<sup>554</sup> De ce constat est issu le droit de tout Etat d'en demander le respect et l'exécution et d'exiger une sanction dans le cas d'une violation. Une norme impérative possède une nature objective, ce qui a pour conséquence de générer une multilatéralisation de sa sanction.<sup>555</sup> Cette fonction répressive qui découle du *jus cogens* est fondamentale, car le système juridique international n'est pas doté de mécanismes de coercition centralisés et obligatoires. Le *jus cogens* assure que les violations seront punies ou, au minimum, condamnées.

De surcroît, le fait de considérer une violation d'une règle de droit international comme un crime international, ou une violation grave d'une norme impérative de droit international général, et donc d'entraîner la mise en œuvre du régime de responsabilité internationale aggravé prévu à cet effet, renforce le rôle punitif du *jus cogens*. Ces transgressions graves ont été décrites comme des actes « affectant les intérêts de la communauté internationale dans son ensemble et choquant la conscience de l'humanité », justifiant ainsi l'existence d'une sanction particulière et/ou la mise en œuvre d'une responsabilité aggravée.<sup>556</sup> Avec l'extension du concept de *jus cogens* au-delà de la définition fournie par la *Convention de Vienne*, et notamment au domaine de la responsabilité internationale des Etats, un ensemble de sanctions plus graves que celui établi par la Commission pour les simples faits internationalement illicites, a été envisagé. Il est indispensable cependant de distinguer entre les règles primaires protégeant les valeurs basiques de la communauté

---

<sup>554</sup> Rappelons que la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, à son article 71, impose des obligations supplémentaires aux Etats parties à l'accord dérogatoire : « 1. Dans le cas d'un traité qui est nul en vertu de l'article 53, les parties sont tenues :

a) D'éliminer, dans la mesure du possible, les conséquences de tout acte accompli sur la base d'une disposition qui est en conflit avec la norme impérative du droit international général; et

b) De rendre leurs relations mutuelles conformes à la norme impérative du droit international général.

2. Dans le cas d'un traité qui devient nul et prend fin en vertu de l'article 64, la fin du traité :

a) Libère les parties de l'obligation de continuer d'exécuter le traité;

b) Ne porte atteinte à aucun droit, aucune obligation, ni aucune situation juridique des parties, créés par l'exécution du traité avant qu'il ait pris fin; toutefois, ces droits, obligations ou situations ne peuvent être maintenus par la suite que dans la mesure où leur maintien n'est pas en soi en conflit avec la nouvelle norme impérative du droit international général. »

<sup>555</sup> WENGLER, Wilhelm, « Public International Law – Paradoxes of a Legal Order », *Recueil de Cours de l'Académie de droit international*, vol. 158, 1977-V, pp. 9-70

<sup>556</sup> BASSIOUNI, Mohamed Cherif, « International Crimes: Jus cogens and Obligatio Erga Omnes », *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, 1996, p. 69

internationale, ayant trait à la nature de la norme, et les règles secondaires régulant les conséquences découlant des violations de celles-ci. Néanmoins, il semble logique que des conséquences plus lourdes soient attachées aux violations de normes affectant l'ensemble de la communauté internationale. Outre ces conséquences juridiques, toute violation d'une norme de *jus cogens* est perçue comme moralement intolérable et se voit automatiquement couverte de l'opprobre générale. Comme l'a dit Prosper Weil, le *jus cogens* devient alors une arme de dissuasion massive.<sup>557</sup> Ce dernier semble pourtant considérer cette fonction comme une utopie théorique, en raison de l'absence d'organe compétent pour poursuivre et punir les violations graves de normes de *jus cogens*.

## 5. Fonction technique

### a. Le *jus cogens* comme une technique de résolution des conflits normatifs

Hormis ses fonctions symboliques et structurelles, le *jus cogens* assume le rôle de technique juridique. Rappelons que la *Convention de Vienne* a inséré le *jus cogens* au sein de la partie relative à la nullité des traités. Dans cette optique, le *jus cogens* peut être assimilé à une technique de résolution des conflits de normes, basé sur l'adage *lex superior derogat lex inferior*. Si l'on admet l'extension des effets des normes impératives, certaines normes posséderaient, en raison de leur contenu matériel, une supériorité normative et primeraient sur toutes les autres règles. Selon cette approche, le *jus cogens* apporterait de la cohérence dans un système, traditionnellement basé sur l'équivalence des normes et des sources, et permettrait ainsi de résoudre de conflits normatifs concrets, pouvant survenir aussi bien entre des règles, qu'entre les valeurs sous-tendant ces dernières. Le *jus cogens* introduirait une solution circonstanciée aux incompatibilités toujours plus nombreuses entre normes du droit international, situation générée par le contexte de fragmentation. Le *jus cogens* permet de faire un choix entre des principes en conflit, « toute décision judiciaire [étant] pour l'essentiel, une affaire de choix. »<sup>558</sup> L'indérogeabilité ne produit plus dans ces cas de figure la nullité automatique, mais peut simplement se limiter à la paralysie temporaire des effets de la norme incompatible.

« D'une norme de validité de production normative (nullité), le *jus cogens* devient une norme de priorité entre principes et règles établies (conflit de règles). »<sup>559</sup>

Il existerait un *jus cogens*, quelque peu différent de celui existant dans la *Convention de Vienne*, qui n'est plus uniquement défini par une indérogeabilité, d'où découle une sanction particulière,

---

<sup>557</sup> WEIL, Prosper, « Cours général: le droit international en quête de son identité », ..., p. 277

<sup>558</sup> Opinion individuelle du juge ad hoc Dugard, *Armed Activities on the territory of the Congo*, Democratic Republic of Congo v. Rwanda, Jurisdiction of the Court and admissibility of the application, Cour internationale de Justice, arrêt du 3 février 2006, p. 3, §10

<sup>559</sup> KOLB, Robert, *Le Jus cogens international*..., p. 131

sous la forme de la nullité, mais qui, tout en conservant sa nature indérogeable, peut entraîner d'autres conséquences, comme la suspension de la norme contraire, son inopposabilité temporaire ou une réaction particulière à l'illicite.

Les affaires que examinées relativement aux immunités démontrent que le *jus cogens*, ayant dépassé sa vocation initiale, doit être un facteur, qui mène les instances à trouver un équilibre entre des propositions légales incompatibles, en fonction de la valeur et du poids relatif des intérêts en présence.<sup>560</sup> Si une norme est reconnue et acceptée comme relevant du *jus cogens*, sa nature intrinsèque devrait faire pencher la balance en sa faveur. Prenons l'exemple de l'affaire *Suresh*, devant la Cour suprême du Canada.<sup>561</sup> La Cour suprême a choisi d'interpréter la règle du non-refoulement à la lumière du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et de la *Convention contre la torture*, et non selon la *Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, qui prévoit une exception notoire à ladite règle.<sup>562</sup> Cette dernière convention est de plus incorporée en droit canadien, ce qui n'est pas le cas pour les deux autres instruments. L'interdiction impérative de la torture a primé et l'interprétation de la règle a été guidée par des considérations axiologiques, et non par des critères formels. Le *jus cogens* est ici un outil qui tranche les conflits entre des valeurs opposées: l'obligation d'extrader contre la protection des droits de l'homme fondamentaux.<sup>563</sup> L'exercice interprétatif est certes crucial dans ce processus de prise de décision, car il s'agit d'aménager la portée et le champ d'application des règles. Le *jus cogens* vient plus généralement corroborer et cimenter les conclusions atteintes.

---

<sup>560</sup> « Ces tendances reflètent une mise en balance d'intérêts. D'un côté. Il y a l'intérêt de la communauté humaine, à savoir prévenir et faire cesser l'impunité des auteurs de crimes graves commis contre ses membres; de l'autre, il y a l'intérêt de la communauté des Etats, à savoir permettre à ceux-ci d'agir librement au niveau interétatique sans ingérence injustifiée. Il faut donc réaliser un équilibre entre deux séries de fonctions qui sont toutes deux précieuses pour la communauté internationale. », Opinion individuelle commune des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal, dans *Affaire relative au Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, République Démocratique du Congo v. Belgique, fond, Recueil C.I.J 2002, 14 février 2002, § 75. Voir également Erika De Wet qui considère que toute décision correspond à «...a careful weighing of all the interests affected. Central to this process would be the balancing of the efficient enforcement of the most fundamental norms of the international legal order with the ambiguous consequences of such enforcement for customary international law and international relations. », WET DE, Erika, « The Prohibition of torture as an International Norm of jus cogens and its implications for National and Customary Law », *European Journal of International Law*, vol. 15, n° 1, 2004, p. 121.

<sup>561</sup> *Suresh v. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, 11 janvier 2002

<sup>562</sup> Article 33§2 : « Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays. »

<sup>563</sup> Idem pour la question des immunités vs la protection des droits de l'homme, voir *Bouzari v. Islamic Republic of Iran*, Ontario Supreme Court of Appeal, 30 juin 2004, § 95: « Both under customary international law and international treaty there is today a balance struck between the condemnation of torture as an international crime against humanity and the principle that states must treat each other as equals not to be subjected to each other's jurisdiction. It would be inconsistent with this balance to provide a civil remedy against a foreign state for torture committed abroad. In the future, perhaps as the international human rights movement gathers greater force, this balance may change, either through the domestic legislation of states or by international treaty. »

## b. *Jus cogens* et protection de l'intégrité des régimes juridiques

L'interdiction de déroger peut être vue comme la prohibition de fragmenter un régime juridique objectif ou intégral en rapports juridiques particuliers *ratione personae*. L'indérogeabilité devient une technique juridique permettant de maintenir l'intégrité normative de certains régimes juridiques porteurs d'un intérêt particulier.<sup>564</sup> Certains auteurs, comme Robert Kolb ou Michel Virally, ont limité le *jus cogens* à un simple procédé mécanique visant la préservation de l'unité d'un régime juridique donné contre tout morcellement de celui-ci. Le régime ne peut tolérer de dérogation, car il est perçu comme nécessaire au regard des valeurs sociales, qu'il reflète et en tant que garant d'un intérêt public ou collectif.<sup>565</sup> Cet intérêt justifie l'imposition d'une limitation au pouvoir normatif des sujets de droit. Le *jus cogens* n'est plus seulement assimilé à des principes fondamentaux ou supérieurs issus de l'ordre public, mais peut se retrouver à chaque niveau de l'échelon normatif. Robert Kolb cite comme exemple les règles de fonctionnement des organismes internationaux.<sup>566</sup>

Le *jus cogens* ne serait que l'attribut de quelques normes non susceptibles de fragmentation en régimes particuliers. Cette indérogeabilité est sous-tendue, soit par la structure logique de la norme (*pacta sunt servanda*), soit par son caractère de norme d'ordre public, soit par la présence d'une *utilitas publica*. Le *jus cogens* étend son champ d'application à toutes les normes porteuses d'*utilitas publica*, mais reste déterminé par son effet, à savoir son indérogeabilité.<sup>567</sup> Il introduit un phénomène de hiérarchie relative, dans le sens où il existerait, non pas une primauté absolue, mais une priorité relative des normes de *jus cogens* sur les normes issues d'accords particuliers dérogatoires. Cette préséance ne fonctionne toutefois pas entre les normes de *jus cogens* et les autres normes de droit international général.<sup>568</sup> Ces normes d'*utilitas publica* peuvent être distinguées du *jus cogens* d'ordre public, tel que visé par l'article 53, au regard de trois points.

---

<sup>564</sup> KOLB, Robert, « Jus cogens... » p. 307 et ORAKHELASHVILI, Alexander, *Peremptory norms...*, p. 72

<sup>565</sup> Voir VIRALLY, Michel, « Réflexions sur le jus cogens », *Annuaire français de droit international*, vol. 12, 1966, pp. 5-29; KOLB, Robert, « Jus cogens, intangibilité, intransgressibilité... », p. 324. *L'utilitas publica* est définie comme « l'intérêt d'une communauté de sujets internationaux plus large par rapport à une communauté plus restreinte de maintenir l'intégrité normative d'un régime juridique dont elle est dépositaire, en interdisant la mise en place de régimes particuliers prioritairement valables entre certaines parties ». De plus, cet intérêt n'est pas lié à des valeurs supérieures ou à une morale transcendante; les parties sont libres de le définir. Kolb a en définitive une approche purement volontariste: pour lui, l'intérêt public ne peut pas être présumé; les Etats doivent accepter d'abandonner leurs prérogatives au nom de la protection de cet intérêt; leur volonté doit donc être établie dans ce sens.

<sup>566</sup> D'autres internationalistes, comme Alexidze, reconnaissent que le *jus cogens* n'est pas automatiquement lié à la notion de hiérarchie normative: « At the same time, there are many jus cogens principles and rules within separate branches of general international law, i.e. at levels subordinated to the fundamental principles. Jus cogens should not be reduced to the notion of hierarchy of norms (...) », in ALEXIDZE, Levan, « Legal nature of Jus cogens ... », p. 260

<sup>567</sup> KOLB, Robert, « Théorie du Jus cogens International », *Revue Belge de Droit International*, vol. 5, 2003, pp. 30-

31

<sup>568</sup> Contrairement aux théories associant le *jus cogens* à un ordre public international: selon ces dernières, le *jus cogens* introduit une hiérarchie absolue entre normes de *jus cogens* et normes de droit international général et particulier.

Premièrement, ces normes ne sont pas forcément issues d'une source universelle. Ensuite, la théorie du *persistent objector* peut trouver application, ce qui n'est pas le cas pour le *jus cogens* d'ordre public. Finalement, les normes porteuses d'une utilité publique peuvent entraîner une sanction autre que la nullité.<sup>569</sup>

Cette conception permettrait à une multitude de normes d'acquérir le statut de *jus cogens*, ce qui réduirait la légitimité et le caractère exceptionnel, dont doivent absolument jouir les normes impératives générales. Le *jus cogens* doit regrouper un petit nombre de normes, qui sont dotées d'une force normative particulière et renforcée, ou tout du moins sont perçues comme telles.

## 6. Fonction d'exception à la logique traditionnelle

### a. Le *jus cogens* comme représentant d'un nouveau droit international

Le *jus cogens* a été accueilli par les internationalistes comme un facteur ayant mené au bouleversement des fondements du droit international, puisqu'il a imposé une limite à l'autonomie et à la liberté d'action des Etats, et, par conséquent, à leur souveraineté. Les Etats se voient contraints de respecter certaines prescriptions, auxquelles ils n'ont pas nécessairement souscrit, tant que la majorité accepte et reconnaît ces normes comme impératives. Le *jus cogens* a eu pour impact:

« (...) de faire désormais coexister au sein de l'ordre juridique deux logiques antagoniques (...) Celle, traditionnelle, du subjectivisme des rapports latéraux entre Etats souverains et insubordonnés à une autorité supérieure (...) et celle, révolutionnaire, de l'objectivisme inhérent à la notion de normes impératives, lesquelles s'imposent aux Etats devenus ainsi (...) sujets d'un ordre juridique alors doté d'une hiérarchie normative, dominée par le *jus cogens* ». <sup>570</sup>

En ce sens, le *jus cogens* et son indérogeabilité représentent des exceptions à l'ancien système de droit international, selon lequel le droit est exclusivement associé à la volonté du législateur, qui en est aussi le destinataire, qui décide du contenu et de la nature de la norme, à laquelle il consent à être juridiquement soumis.<sup>571</sup> Les changements subis par le droit international ont été favorisés par le développement de nouvelles préoccupations globales, devant être régulées par des normes d'application générale.<sup>572</sup> Le *jus cogens* a participé à un mouvement encourageant la mise en place d'un ordre public particulier, où les Etats ne sont plus totalement souverains et ne sont plus les

<sup>569</sup> KOLB, Robert, *Le Jus cogens international...*, pp. 175-177

<sup>570</sup> DUPUY, Pierre-Marie, *Droit International Public...*, p. 284, § 274

<sup>571</sup> « *Auctoritas, non veritas facit legem.* », HOBBS, Thomas, *Leviathan*, Paris, Gallimard, 2000, Ch. 26

<sup>572</sup> Par exemple, le développement d'armes toujours plus meurtrières, les préoccupations relatives à l'environnement, le développement du droit international des droits de l'homme, l'émergence du concept de patrimoine commun de l'humanité, la multiplication des rapports commerciaux transnationaux, etc.

« *To resolve such problems, it may be necessary to establish new rules that are binding on all subjects of international law regardless the attitude of any particular State.* », CHARNEY, Jonathan, « Universal International Law », *American Journal of International Law*, vol. 87, 1993, p. 529. L'auteur ne traite pas directement des normes de *jus cogens*, mais de normes devant posséder une portée universelle.

seuls acteurs. La catégorie des normes impératives est assimilée à ce nouveau droit international, supposé protéger les valeurs de l'humanité. La société internationale a atteint un niveau de développement, à l'intersection entre le modèle classique basé sur la souveraineté étatique et l'intégrité territoriale et celui de l'émergence d'une communauté internationale, juridiquement et moralement unifiée. Cette dernière est supposée pouvoir légiférer et ainsi, soumettre à ses lois l'ensemble de ses membres, y compris les objecteurs.

Cependant, la notion de « communauté internationale dans son ensemble » ou de conscience juridique de l'humanité sont complexes à définir et sont souvent présentées comme des concepts privés de tout contenu concret. Le recours à la notion de communauté internationale est essentiellement une stratégie rhétorique, visant à rassembler les acteurs internationaux autour d'un thème, qui semble d'importance globale.<sup>573</sup> Pour certains, la communauté internationale ne serait qu'une chimère, une fiction ou une entité imprécise, dépourvue de compétences juridiques et de mécanismes lui permettant d'agir et de protéger ses droits, indépendamment de l'intervention de ses membres.<sup>574</sup> La réalité organique de cette communauté est difficile à concevoir, si elle est définie en des termes purement légaux, à savoir en tant que réel sujet de droit international, destinataire de droits et d'obligations; mais le *jus cogens* a permis d'aller au-delà d'une conception exclusivement juridique et a mené à la construction d'une communauté éthique, ou tout du moins l'espoir d'une telle communauté, dépassant la simple juxtaposition d'entités étatiques indépendantes, et liée par des valeurs communes et intérêts, qui correspondent aux besoins, aux espoirs et aux peurs de l'humanité.<sup>575</sup>

Le *jus cogens* suppose en effet qu'il existe en droit international des principes généraux si fondamentaux, qu'ils devraient être reconnus par la communauté internationale dans son

---

<sup>573</sup> Voir, TOMUSCHAT, Christian, « Obligations arising for States without or against their will », *RCADI*, vol. 281, 1999, p. 222-232.

<sup>574</sup> WEIL, Prosper, « Towards Normative Relativity... », p. 441; voir aussi VISSCHER, Paul, « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 136, 1972 ; WEIL, Prosper, « Cours général: le droit international en quête de son identité »,..., p. 311 : « *La communauté internationale as such n'existe pas, elle n'est pas autre chose qu'une fiction commode, derrière laquelle les Etats se plaisent à s'abriter pour échapper à leurs responsabilités.* »

<sup>575</sup> SIMMA, Bruno, « From bilateralism to community interest... », p. 244. Et: « *...but the assumption that a society/community could be held together by means of legal norms alone overestimates the capacity of law and, conversely, underestimates the necessity of a societal consensus as a precondition for the formation of, and in particular the respect for, legal rules.* »

**Voir supra Partie II. B. 1. a.** Sur la notion de communauté internationale, voir entre autres: DUPUY, Jean-René, *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris, Economica, 1986 ; VIRALLY, Michel, « Panorama du droit international contemporain : cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 183, 1985 ; LACHS, Manfred, « Quelques réflexions sur la communauté internationale », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement : mélanges Michel Virally*, Paris, A. Pedone, 1991, pp. 349-357 ; TOMUSCHAT, Christian, « Die Internationale Gemeinschaft », *Archiv des Völkerrechts*, vol. 33, 1995 ; DUPUY, Pierre-Marie, « L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 297, 2002, pp. 269-298.

ensemble, dans le but d'invalider ou réviser toute norme conventionnelle ou coutumière en conflit avec eux. Il est indéniable que cette idée a trouvé une place en droit international positif et que la grande majorité de la doctrine et des sujets de droit international acceptent la réalité des normes fondamentales, mais de nombreux aspects du *jus cogens* restent encore mystérieux. L'interdiction qui est faite aux Etats de disposer librement de certaines normes internationales et de conclure des accords ou adopter des comportements contraires au *jus cogens*, est issue du fait que ce dernier possède un caractère d'intérêt collectif, qui transcende les intérêts égoïstes des Etats et les simples relations bilatérales interétatiques, base originelle des rapports internationaux. Le *jus cogens* limite en conséquence la faculté des Etats de créer des normes et de conclure des accords, faculté autrefois considérée comme quasi absolue, en se fondant sur la fiction de la communauté internationale.<sup>576</sup> Ici, l'analogie avec le droit interne se révèle être pertinente, car le *jus cogens* remplit une fonction semblable à celle de l'ordre public dans les systèmes domestiques, qui impose également des restrictions à la liberté de contracter des personnes physiques et légales.<sup>577</sup>

« *International community accepts today that there exists a class of legal precepts which is hierarchically superior to ordinary rules of international law, precepts which cannot even be brushed aside or derogated from by the sovereign will of two or more states, as long as the international community upholds the values encapsulated in them.* »<sup>578</sup>

## **b. Théorie des sources et *jus cogens***

La question des sources du *jus cogens* a soulevé moult discussions.<sup>579</sup> Le droit international général est perçu comme un droit coutumier. Les normes impératives seraient par conséquent obligatoirement coutumières par nature, en raison de l'opposabilité générale de celles-ci. Cependant, les normes de *jus cogens* ne remplissent pas automatiquement les exigences d'une « pratique générale », nécessaire pour la création d'une règle coutumière. Il est connu que la coutume est constituée de deux éléments, une pratique et un *opinio juris*. Le *jus cogens* est issu en grande partie d'un jugement de valeur et d'exigences sociales et éthiques, alors que la coutume demande une pratique uniforme, générale et répétée. D'ailleurs, la *Convention de Vienne* ne fait aucune référence à cette problématique. Une pratique étatique claire peut évidemment contribuer à

---

<sup>576</sup> Sur la notion de fiction, voir DUPUY, Pierre-Marie, « L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 297, 2002, pp. 269-298.

<sup>577</sup> La conclusion reviendra sur cette question, en abordant certains mécanismes existant en droit international privé, qui sont également porteurs d'une certaine forme d'indérogeabilité.

<sup>578</sup> TOMUSCHAT Christian, « Conclusions and Reconceptualising the Debate on Jus cogens and Obligations Erga Omnes »... , p. 425

<sup>579</sup> La Commission du droit international a affirmé que le *jus cogens* pouvait être établi par voie conventionnelle ou coutumière, voir *Reports on the Law of Treaties*, reproduit dans *American Journal of International Law*, vol. 58, 1964, pp. 265-266

faire émerger une norme de *jus cogens*, que cette pratique, soit ou non accompagnée d'éléments la soutenant.<sup>580</sup>

Les normes de *jus cogens* sont caractérisées par un *opinio juris* spécifique, en quelque sorte renforcé par rapport à celui des normes coutumières ordinaires: il recouvre la conviction juridique d'une pratique comme étant obligatoire en droit et la conviction que celle-ci possède un caractère impératif et indérogeable. De plus, il est reconnu, certes pas de manière unanime, qu'un Etat qui exprime son désaccord dès le début de la formation d'une norme coutumière « normale », un objecteur persistant, n'est pas lié par celle-ci.<sup>581</sup> De surcroît, la création d'exceptions à une norme coutumière peut être réalisée par le développement de normes coutumières spéciales, bilatérales ou régionales, ou par la conclusion de traités ultérieurs. Au contraire, une norme de *jus cogens* est considérée comme excluant la création d'exceptions, puisqu'elle est indérogeable. En outre, la norme de *jus cogens* est supposée conserver comme sa force contraignante, même face à une pratique contraire, à l'adoption d'un accord postérieur ou à une objection persistante.<sup>582</sup>

En tant que normes de droit international général, les normes de *jus cogens* sont de nature coutumière, mais en tant que règles impératives, elles se voient attribuer une qualité supplémentaire, leur caractère impératif et indérogeable, qui est issu d'un processus extérieur au droit coutumier. En définitive, l'élément consensuel associé au droit international coutumier est partiellement absent des normes de *jus cogens*. Il est donc difficile de concevoir ces normes comme issues du processus coutumier traditionnel *stricto sensu*.<sup>583</sup>

Un traité multilatéral peut codifier, cristalliser, voire même générer, des règles de droit international général.<sup>584</sup> Ceci fut affirmé par la Commission du droit international dans son commentaire du projet sur le droit des traités, « *a modification of a rule of jus cogens would today*

---

<sup>580</sup> *Sahara Occidental*, Recueil C.I.J 1975, Avis consultatif du 16 octobre 1975, pp. 32-33, relativement au droit à l'auto-détermination et *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-ouest africain) nonobstant la résolution 276 du Conseil de sécurité*, Recueil C.I.J 1971, Avis consultatif du 21 juin 1971, p. 57

<sup>581</sup> *Affaire des Pêcheries*, Royaume-Uni v. Norvège, Recueil C.I.J 1951, arrêt du 18 décembre 1951: « ...in any event the ten-mile rule would appear to be inapplicable as against Norway inasmuch as she has always opposed any attempt to apply it to the Norwegian coast. »

<sup>582</sup> Notons qu'une norme de *jus cogens* peut contenir en-elle-même des exceptions, qui possèdent également une valeur impérative. Par exemple, l'interdiction du recours à la force est considérée comme une norme de *jus cogens*, mais admet le droit à la légitime défense et le droit du Conseil de sécurité de recourir à la force.

<sup>583</sup> BYERS, Michael, «Conceptualising the relationship...», p. 223

<sup>584</sup> Reconnu par la Cour internationale de Justice dans son Avis consultatif des *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Recueil C.I.J 1951, 28 mai 1951

*most probably be effected through a general multilateral treaty (...)*».<sup>585</sup> Si l'on admet qu'un traité puisse constituer la source d'une norme impérative, une exception flagrante à l'effet relatif des traités serait alors admise. La volonté collective des Etats parties au traité permettrait à la norme d'acquérir un statut impératif opposable aux Etats tiers. Une objection peut être en outre soulevée : la plupart des conventions multilatérales comportent des clauses de dénonciation, ainsi que des dispositions permettant les réserves; il est difficile de concevoir qu'une convention comportant un droit de dénonciation ou de formulation de réserves puisse créer des normes de *jus cogens*.<sup>586</sup> Un traité multilatéral peut réaffirmer ou codifier une norme de *jus cogens*, constituer une preuve de son existence, mais non la créer.<sup>587</sup>

Finalement, on peut également concevoir que les principes généraux du droit constituent la source des règles relevant du *jus cogens*. Les principes généraux sont des principes communs aux principaux systèmes juridiques internes, et qui sont transposés en droit international. Certes, cette approche pourrait expliquer l'aspect non-consensuel des normes impératives, mais aucun critère n'a été établi pour déterminer quels sont ces principes. Rappelons que la Commission du droit international a rejeté la proposition américaine de définir les normes impératives comme des règles reconnues dans les principaux systèmes juridiques nationaux et régionaux. Néanmoins, les principes généraux peuvent constituer une preuve du caractère impératif d'une norme: si de nombreux Etats possèdent des lois identiques ou similaires, cela peut fournir, d'une part un élément constitutif d'une pratique étatique et d'autre part, une indication significative sur les intérêts et valeurs partagés par ces Etats.<sup>588</sup>

La question des sources des normes impératives demeure un mystère: peut-on voir dans l'article 53 de la Convention de Vienne une tentative de création d'une nouvelle source non-consensuelle de droit international ou simplement une identification de certaines normes existantes en droit

---

<sup>585</sup> *Report of the International Law Commission on the Second Part of its 17th Session, January 1966, and on its 18th Session, May 1966*, reproduit dans *American Journal of International Law*, vol. 61, 1967, pp. 411 et suivantes.

Tunkin a également admis que le traité constituait la seule source du *jus cogens*, car pour lui le traité est l'unique source du droit international, la coutume n'étant qu'un traité tacite.

<sup>586</sup> L'existence ou la non-existence de clauses relatives à la dénonciation ne présument pas du caractère impératif des dispositions d'un traité, mais peuvent en constituer un indice précieux. La même affirmation peut être faite relativement aux réserves, voir **partie II. B. 1. c. ii.**

<sup>587</sup> L'article 103 de la *Charte des Nations Unies* a été perçu comme un vecteur de création de normes de *jus cogens*. Pourtant, l'article 103 ne confère pas le caractère de *jus cogens* à toutes les dispositions de la Charte, même si certaines d'entre elles ont pu l'acquérir par la suite. **Voir chapitre IV.**

<sup>588</sup> Le terme principes généraux peut également désigner des prescriptions dotées d'un caractère extrêmement général et revêtant une importance particulière. Les principes généraux, en tant que reflet de la conscience juridique de l'humanité, pourraient constituer une source du *jus cogens*. Mais, il a déjà mis en exergue, les normes de *jus cogens* ne sont pas du droit naturel, malgré l'influence des conceptions morales et éthiques sur ces dernières. Ces principes ont davantage la fonction de renforcer la force normative de la règle, que de l'engendrer en tant que tel.

positif et acceptées par le Etats? Le concept de *jus cogens* exige nécessairement un réexamen de l'approche positiviste traditionnelle et un dépassement de la théorie des sources basée sur l'article 38 du Statut de la CIJ. Comment réconcilier l'approche consensuelle, adoptée par le texte de *Convention de Vienne*, et une approche qui s'écarte de la volonté des Etats comme fondement du caractère contraignant des normes impératives ? Il semble nécessaire d'adopter une position qui vise à élaborer un cadre normatif adapté à l'évolution d'une société internationale de plus en plus intégrée, et en même temps de plus en plus fragmentée, tant au niveau des pôles de création et d'application du droit, que de la diversité des acteurs impliqués dans le processus.

Le *jus cogens* est une catégorie juridique autonome, qui bouleverse les approches classiques. Le *jus cogens* est originellement basé sur un consensus « moral » et social existant au sein de la communauté internationale. Il est fondé sur un corps de règles supérieures, perçues comme telles par la conscience de cette communauté internationale et partiellement indépendantes de toutes sources de droit international, tout du moins, telles qu'énoncées à l'article 38 du *Statut de la Cour internationale de Justice*. Toutefois, le consentement étatique reste un pilier dans la formation et l'application du *jus cogens*, au vu de l'absence d'un pouvoir capable de primer sur la volonté des Etats objecteurs. Le *jus cogens* redevient alors un outil juridique et symbolique, qui influence le comportement des sujets de droit.

Il importe de ne pas avoir une approche trop rigide relativement aux sources des normes impératives. En effet, celles-ci peuvent trouver leurs fondements dans plusieurs des sources citées à l'article 38, mais également dans d'autres sources, émanant du corps social : notons que la question des résolutions onusiennes et de la *soft-law*, comme facteurs générateurs de *jus cogens* est encore débattue. L'article 38 n'a jamais été perçu comme étant une liste exhaustive des sources du droit international. Cette disposition ne vaut que pour un contexte défini. Il est nécessaire de prendre en considération les réalités sociales, politiques et économiques du monde contemporain, pour permettre au droit d'évoluer et s'adapter aux besoins de la société internationale. La *Convention de Vienne sur le droit des traités* a introduit la notion de communauté internationale dans son ensemble et lui a attribué la compétence d'identification des normes de *jus cogens*. Vitoria déjà, avait supposé en son temps, que l'humanité, le *totus orbis*, constituait une entité politique dotée du pouvoir de créer des règles universelles liant tous les sujets.<sup>589</sup> Aujourd'hui, cette humanité est devenue, dans une certaine mesure, une réalité institutionnelle, dotée de règles, de procédures et de fora, où elle peut s'exprimer. Elle partage, malgré son manque d'unité et de

---

<sup>589</sup> VITORIA, Francisco, *De potestate ecclesiae*, 1532, § 21.

cohérence, des valeurs et intérêts communs, mais cela signifie-t-il qu'elle est un sujet du droit international à part entière?

Difficile de donner une réponse affirmative à la question posée ci-dessus, mais le consentement individuel de l'Etat ne constitue plus le seul référant, ce qui n'équivaut pas à dire que la volonté n'ait plus aucun rôle dans le processus juridique, mais des principes d'ordre éthique, ainsi que des considérations extra-juridiques, y ont été introduits, ceux-ci ayant eu pour effet de limiter son impact. La question des sources du *jus cogens* implique un élément, le caractère contraignant de la volonté collective, qui reste inexpliqué, et finalement inexplicable par les grilles de lecture classiques. Ceci mène à ne plus considérer la validité des règles de droit uniquement en fonction de leur conformité avec les procédures législatives traditionnelles de création, mais au regard de leur conformité matérielle avec les aspirations fondamentales communes et les objectifs collectifs de la société internationale. Ce qui importe, c'est la matière, et non la forme. Le *jus cogens* tend à reconnaître que certains comportements et principes sont obligatoires sans forcément être issus d'un acte d'acceptation consensuelle, car ils touchent aux intérêts communs de l'humanité et aux fonctions essentielles de l'ordre juridique.<sup>590</sup>

Le paradigme soutenant que la volonté des Etats est la seule source des règles de droit international n'est plus soutenable, les Etats peuvent être liés sans leur consentement, de même qu'ils peuvent consentir à respecter certains standards *soft*, sans pour autant créer d'obligations contraignantes.

*« All law is an instrument of social order, and therefore closely tied to the structure of the society which it seeks to regulate. »*<sup>591</sup>

La recherche de la source formelle des normes impératives de droit international général peut paraître futile, dans le sens où elles sont supposées s'imposer à l'ensemble des sujets de droit international. Que l'on identifie leur source, comme étant le consentement des Etats, le droit naturel, la nécessité, l'ordre public international, la volonté collective ou les exigences sociales, le processus de formation des normes de *jus cogens* ne serait qu'un aspect secondaire par rapport à la nature de la matière protégée par celles-ci. Comme l'énonce le Professeur Verdross,

*« Le droit international positif, en tant que système de normes de droit objectif, ne se conçoit que si l'on présuppose l'existence de quelques normes qui ne sont pas du droit positif. »*<sup>592</sup>

---

<sup>590</sup> SCHACHTER, Oscar, « Toward a Theory of International Obligation », *Virginia Journal of International Law*, vol. 8, n°2, 19967-1968, p. 313

<sup>591</sup> Wolfgang Friedmann, « General Course in Public International Law », *RCADI*, vol. 127, 1969, cité par PELLET, Alain, « The Normative Dilemma: Will and Consent in International Law-Making », *Australian Year Book of International Law*, vol. 12, 1988-1989, p. 41

<sup>592</sup> Cité par DE VISSCHER, « Positivismes... », p. 9

### c. *Jus cogens* et la place de l'individu en droit international

Nous nous permettons d'anticiper le chapitre suivant, qui sera consacré à l'indérogeabilité, telle que se présente en lien la problématique des droits humains, aussi bien dans le domaine du droit international des droits de l'homme, qu'en droit international humanitaire. Le *jus cogens* a introduit un changement dans le discours juridique international, car il a réorienté celui-ci sur la protection due aux individus. Le droit international n'est plus exclusivement conçu comme un droit interétatique, mais il est devenu évident qu'il a un impact considérable sur les êtres humains. Il n'est point surprenant que la majorité des normes de *jus cogens* visent la préservation d'un minimum de dignité humaine, en toutes circonstances, et la prohibition d'actes considérés comme étant en totale contradiction avec la notion même d'humanité.<sup>593</sup> La plupart des occurrences jurisprudentielles, où il a été fait emploi du *jus cogens* implique des violations des droits de la personne. Avant même l'adoption de la *CVDT*, les droits de l'homme étaient cités comme illustrations de normes de droit impératif.<sup>594</sup>

Cependant, le concept d'indérogeabilité dans les deux branches du droit international susmentionnées n'est pas similaire à celui qui a été étudié en lien avec le *jus cogens*, mais une tendance existe à les considérer, partiellement ou dans leur totalité, comme du droit impératif. Ce constat est causé par la place qu'occupe les notions de libertés fondamentales et de droits individuels, ceci notamment depuis l'avènement des Nations Unies, et par la prise de conscience que la communauté internationale est premièrement composée d'individus, qu'il est nécessaire de défendre contre la violence et l'arbitraire. Le *jus cogens* et son indérogeabilité représentent un frein aux tentatives de restreindre les droits et libertés de chacun, ainsi qu'aux entreprises visant la destruction de cette communauté humaine. Les droits de l'homme sont sous-tendus par des valeurs si importantes, qu'ils sont parvenus à générer un consensus au sein de la société internationale, quant au besoin de les protéger, même si des divergences persistent encore sur la dimension universelle de tous les droits humains. Toutes les obligations en matière de droits humains n'ont pas atteint le statut de norme de *jus cogens*, néanmoins, il demeure, qu'elles forment une partie considérable des normes matérielles impératives. Les Etats ne sont plus des boules de billards opaques : leurs prérogatives souveraines impliquent qu'ils sont censés prendre soin du bien-être de

---

Dans ce sens, Bruno Simma souligne que l'attitude de la Cour internationale de Justice, faisant dériver les normes de *jus cogens* de principes reconnus par les nations civilisées (*Avis consultatif sur les Réserves*) ou de principes fondamentaux (*Barcelona Traction, Otages, Nicaragua*), démontre une certaine indifférence quant à la source de ces normes, une fois que la reconnaissance par la communauté internationale a été établie, in SIMMA, Bruno, « From bilateralism to community interest... », p. 292

<sup>593</sup> « *There is an almost intrinsic relationship between peremptory norms and human rights... It is as if human rights were a quintessential part of jus cogens.* », BIANCHI, Andrea, « Human Rights and the Magic... », p. 491 et p. 495

<sup>594</sup> VERDROSS, Alfred, « Forbidden Treaties... », p. 574

leurs citoyens, et en cas de manquement à cette obligation relevant du droit international, ils sont susceptibles de voir leur responsabilité internationale engagée et être condamnés. Le *jus cogens* a eu pour fonction d'accorder des droits aux individus, droits qui ne peuvent être unilatéralement limités par les Etats, et ainsi faire de ces individus les sujets principaux, ou presque, de la régulation internationale.

## 7. Conclusions

Les normes indérogeables relevant du *jus cogens* remplissent des fonctions diverses, aussi bien au niveau du système pris dans sa globalité, que dans des situations particulières. Une norme indérogeable de *jus cogens* peut assumer une fonction unique, tout comme elle peut posséder un rôle pluriel, ceci dépendra en effet de son contenu, des circonstances de l'espèce et de l'interprétation qui en est faite. La dimension fonctionnelle du *jus cogens* explique en grande partie son caractère indérogeable, car sans cet attribut, les normes impératives ne pourraient constituer une réalité concrète et opératoire. Le *jus cogens* occupe une place importante dans le fonctionnement et le maintien de l'ordre juridique international. Il fut conçu comme un outil indispensable à la préservation de ce dernier, d'où la nécessité de le consacrer en droit positif. Cependant, au travers de cette analyse fonctionnelle, il peut être apprécié que l'indérogeabilité du *jus cogens* possède une utilité, mais qui ne correspond pas inévitablement à celle qui fut envisagée à l'origine. Dans certains contextes, les fonctions jouées dépassent cette vocation initiale ou se sont adaptées à la situation. Le *jus cogens* est pourvu d'une indérogeabilité spécifique, qui devait entraîner des conséquences précises, à savoir la nullité des accords contraires. Cet effet se matérialise rarement en pratique. Les fonctions juridiques du *jus cogens* ne doivent aucunement être sous-estimées, mais l'aspect symbolique du *jus cogens* et son indérogeabilité ont un impact considérable.

En faisant appel à des notions qui résonnent dans l'esprit du juriste et dans l'opinion publique, ainsi que par le recours à une rhétorique spécifique, cette indérogeabilité véhicule des valeurs et des aspirations, dans le sens, où elle « *reflect[s] the values imposed by the prevailing social forces.* »<sup>595</sup> Toute dérogation à une norme impérative paraît alors intolérable, bien qu'il soit peu probable qu'un sujet déroge volontairement et officiellement à une norme de *jus cogens* reconnue et acceptée. Arme symbolique et axiologique, reflétant des considérations métajuridiques, qui naissent au cœur du corps social, le *jus cogens* illustre une facette intéressante de l'indérogeabilité, certes peu opérationnelle, mais qui exerce néanmoins une influence sur les actions entreprises et

---

<sup>595</sup> BIANCHI, Andrea, « Human Rights and the Magic... », p. 507

les décisions prises au sein de l'ordre juridique international. Cette indérogabilité est perçue comme une manière efficace d'assurer qu'un minimum de normes fondamentales et nécessaires, soient respectée en tout temps et en tout lieu, et qui échappent de ce fait, à l'emprise de la volonté étatique. Qu'en est-il de l'indérogabilité dans le domaine des droits humains : droits de l'homme indérogables, droit international humanitaire comme une branche indérogable, sont des crédos qui ne sont pas inédits. Alors que même si une assimilation presque automatique est réalisée entre droits de l'homme et *jus cogens*, le chapitre suivant tentera de saisir la signification et la dimension fonctionnelle de l'indérogabilité, quand elle est évoquée en lien avec la question de la protection internationale des droits humains et des libertés fondamentales.

\*\*\*



### **Chapitre III. Le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire: deux conceptions de l'indérogeabilité au service de la dignité humaine**

*« Lato sensu, les droits de l'homme et le droit humanitaire désignent l'ensemble des dispositions juridiques internationales écrites ou coutumières assurant le respect de la personne humaine et de son épanouissement. »<sup>596</sup>*

#### ***A. Indérogeabilité, droits de l'homme indérogeables et droit international humanitaire comme un corpus indérogeable***

Le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire (DIH) constituent deux ensembles juridiques, qui, représentent chacun des dimensions différentes de l'indérogeabilité. Le premier corpus évoque immédiatement dans l'esprit du juriste « les droits de l'homme indérogeables ». Il existe en effet dans la plupart des conventions internationales en la matière un nombre limité de droits et de libertés, qui sont soustraits à la faculté dérogatoire octroyée aux Etats parties confrontés à des situations de danger public. Les droits de la personne humaine ne sont en conséquence que partiellement soumis au paradigme traditionnel, qui perçoit le droit international comme un droit consensuel, dépendant de la volonté des parties contractantes de respecter leurs obligations selon l'opportunité des circonstances. Il est considéré comme nécessaire d'encadrer le pouvoir arbitraire de l'Etat de limiter les libertés et les droits dont jouissent les individus.

Le droit international humanitaire est, quant à lui, présenté comme un domaine du droit international intégralement indérogeable, car conçu et formulé comme des règles minimales devant être appliquées lors de la survenance d'un conflit armé.<sup>597</sup> Le droit humanitaire est supposé incorporer en son sein les exceptions et les limitations nécessaires, afin que les parties belligérantes puissent observer leurs engagements. Il s'agit d'un ensemble juridique qui ne doit en aucun cas être laissé au bon vouloir des sujets du droit international, le risque de violations ayant des conséquences désastreuses, celui-ci étant magnifié par la situation de guerre. Le droit humanitaire est en théorie adapté aux contingences et ne devrait, le conditionnel est employé à

---

<sup>596</sup> PICTET, Jean, *Les principes du droit international humanitaire*, Genève, Comité International de la Croix-Rouge, 1966, p. 8

<sup>597</sup> Les termes de droit international humanitaire (ci-après DIH), de droit humanitaire et de droit des conflits armés ou de la guerre seront utilisés indifféremment. L'expression « droit de la guerre » est peu employée aujourd'hui, car la notion de guerre a été remplacée par celle de conflit armé. De plus, le droit de la guerre fait davantage référence aux droits et obligations des belligérants qu'à l'aspect humanitaire du corpus. Le droit international humanitaire en tant que tel émerge plus tardivement, mais il englobe désormais l'ensemble de la matière, à savoir les règles sur la protection des individus affectés par les conflits armés et les règles sur la conduite des hostilités, qui ont finalement été regroupées dans le *Protocole Additionnel I aux Conventions de Genève du 8 juin 1997* (Ci-après CG et PAI). Voir *infra* pour des éclaircissements sur la distinction entre les deux parties composant le DIH.

dessein, souffrir d'aucune dérogation ou exception.<sup>598</sup> Les conventions n'incluent d'ailleurs pas le concept de dérogation. Deux régimes coexistent: ils ont pour vocation de garantir protection et respect de la personne humaine dans une mesure compatible avec le maintien de l'ordre public ou, en temps de guerre, avec les exigences militaires. Ils tentent d'organiser au mieux les rapports entre les hommes et les Etats, et entre les hommes entre eux, tout en respectant les intérêts respectifs de chaque sujet.

Indérogeabilité explicite de quelques normes visant la défense des droits de l'homme et des libertés fondamentales d'une part, indérogeabilité présumée de la totalité de l'ensemble normatif d'autre part, ces deux domaines véhiculent deux conceptions particulières de l'indérogeabilité. Il est alors légitime de s'interroger sur le choix d'examiner les deux champs au cœur de la même section.<sup>599</sup> Il est apparu évident que ces deux piliers se devaient d'être abordés conjointement, car ils partagent, au-delà de leurs différences, de nombreux points communs, qui sont de plus en plus mis en exergue : leur complémentarité et leur application concomitante sont devenues des thématiques récurrentes, abordées aussi bien dans la doctrine que dans la jurisprudence.

Il est désormais accepté que les droits de l'homme ne cessent pas de s'appliquer lors de la survenance d'un conflit armé, à condition que les Etats n'usent pas de leur faculté dérogatoire:<sup>600</sup> il

---

<sup>598</sup> « *Le droit humanitaire est, lui, précisément fait pour de telles situations [guerre ou autre danger menaçant l'existence de la nation] et ses règles sont énoncées de manière telle qu'elles ne risquent pas d'empêcher l'armée à qui elles sont destinées de gagner la guerre. Ainsi, une armée ne peut pas, par exemple, invoquer le fait qu'elle est en train de perdre la guerre pour justifier qu'elle ait cessé de respecter le droit : en effet, cette violation du droit ne procurerait pas un avantage militaire pour renverser la situation.* », DOSWALD-BECK, Louise, VITE, Sylvain, « *Droit humanitaire et droits de l'homme : spécificités et convergences* », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 800, 1993, p. 106

<sup>599</sup> D'autres branches du droit international s'occupent de la protection des droits de l'être humain : droit international des réfugiés, droit des travailleurs, droit des minorités, droit des peuples indigènes. Les raisons de ce choix s'expliquent par deux facteurs. Premièrement, il est impossible de traiter de l'ensemble des domaines du droit international, où l'indérogeabilité apparaît. Les droits de l'homme et le droit international humanitaire ont été choisis, car le concept d'indérogeabilité y est particulièrement pertinent ; ensuite, les droits de l'homme sont un ensemble générique, qui regroupe les différents domaines visant la protection des droits de la personne et les divers corpus mentionnés ci-dessus.

<sup>600</sup> Voir par exemple, Résolution 2005/63 de la Commission des droits de l'homme, *Protection des droits fondamentaux des personnes civiles en temps de guerre*, UN Doc E/CN.4/RES/2005/63, 20 avril 2005 ; *Affaire Disabled People's International v. United States of America*, Commission interaméricaine des droits de l'homme, Requête N° 92/13, décision sur la recevabilité, 22 septembre 1987 et *affaire Velasquez- Rodriguez v. Honduras*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Série C, N° 4, 29 juillet 1988 ; le célèbre *Avis consultatif de la Cour internationale de Justice, sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J. 1996, 8 juillet 1996, § 25 ; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J. 2004, 9 juillet 2004, § 106 ; *Affaire relative aux Activités armées sur le territoire du Congo*, République démocratique du Congo v. Ouganda, arrêt, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J. 2005, arrêt du 19 décembre 2005, §§ 216-220

La Cour européenne des droits de l'homme a également appliqué la Convention européenne aux situations de conflit et d'occupation, notamment à Chypre (*Affaires Chypre v. Turquie et Loizidou v. Turquie*), à des situations de conflits internes, comme dans l'*affaire Irlande v. Royaume-Uni* et les *affaires turques (Aksoy, Aydin, Kaya)*. Même approche

est donc des cas où les règles appartenant aux deux ensembles s'appliquent simultanément, même si certaines situations de tensions ou de troubles internes peuvent parfois ressembler à un vide juridique, seul le noyau dur des droits de l'homme restant pleinement applicable.<sup>601</sup> Le vieil adage, selon lequel le droit de la paix devait céder sa place au droit de la guerre au moment du déclenchement des hostilités,<sup>602</sup> n'a plus, ou pratiquement plus, de place dans le discours contemporain, qui insiste sur le phénomène de convergence entre les deux systèmes, « ces deux pauvres béquilles sur lesquelles les victimes désarmées doivent s'appuyer simultanément ».<sup>603</sup>

Le droit international humanitaire a subi au cours de son histoire un processus « d'humanisation » : initialement conçu comme un droit purement interétatique, ayant pour but principal la défense des droits et intérêts des nations belligérantes, il a, dès le XVIII<sup>ème</sup> siècle, incorporé en son sein une multitude de règles visant la protection des individus affectés par les guerres.<sup>604</sup> Cette réorientation fut en outre renforcée par la mise hors la loi de la guerre. Le DIH

---

des organes africains des droits de l'homme (*Affaire Civil Liberties Organisation v. Chad*, Application N° 74/92, décision de la Commission du 11 octobre 1995).

<sup>601</sup> Notons que les deux premiers instruments en matière de protection des droits de l'homme adoptés par les Nations Unies sont applicables aussi bien en temps de guerre, que de paix. La *Déclaration Universelle des droits de l'homme* ne prévoit aucune exception pour les situations de guerre, tout comme la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* de 1948, qui érige le génocide en crime international, que celui-ci soit commis en temps de paix ou de guerre.

<sup>602</sup> Selon Draper, lorsqu'un conflit armé éclate, le régime des droits de l'homme « *is there waiting in the background...to take over once the conflict abates...and a different and exceptional regime, namely that of the law of war, a lower level of the human rights regime, but part of it, comes into play as a series of derogations made necessary...by the conflict situation.* », DRAPER, Gerald I.A.D., «The Relationship between the Human Right and the Law of Armed Conflicts», *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 1, 1971, p. 198. Néanmoins, certains soutiennent encore aujourd'hui, que l'application des droits de l'homme est suspendue lors des situations de conflit : *Israeli Report to the Human Rights Committee*, UN Doc. CCPR/C/ISR/2001/2, 4 décembre 2001, § 8 et la Réponse du Comité, *Concluding Observations of 4-5 August 2003*, UN Doc. CCPR/CO/78/ISR, 21 août 2003. Position adoptée par DENNIS, Michael J., «Application of Human Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation», *American Journal of International Law*, vol. 99, 2005, pp. 119-141

<sup>603</sup> VASAK, Karel, « Pour une troisième génération des droits de l'homme », in SWINARSKI, Christophe, (Ed.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Comité International de la Croix-Rouge/ *Studies and essays on international humanitarian law and Red Cross principles in honour of Jean Pictet*, International Committee of the Red Cross, Genève, Comité International de la Croix-Rouge, La Haye, Martinus Nijhoff, 1984, p. 837. De plus, « (...) la rencontre entre les deux droits...est devenue aujourd'hui une véritable interpénétration tant dans les textes...que, de plus en plus souvent, dans leur application. », *Ibidem*. Voir aussi, WEISSBRODT, David, HICKS, Peggy L., « Implementation of human rights and humanitarian law in situations of armed conflicts », *International Review of the Red Cross*, vol. 800, 1993, pp. 94-119.

<sup>604</sup> « Une approche axée sur la souveraineté de l'Etat a été progressivement supplantée par une approche axée sur les droits de l'homme. Progressivement, la maxime du droit romain *hominum causa omne jus constitutum est* (tout droit est créé au bénéfice des êtres humains) a acquis également un solide point d'ancrage dans la communauté internationale. Il s'ensuit que, dans le domaine des conflits armés, la distinction entre conflits entre Etats et guerres civiles perd de sa valeur en se qui concerne les personnes. Pourquoi protéger les civils de la violence de la guerre, ou interdire le viol, la torture ou la destruction injustifiée d'hôpitaux, édifices du culte, musées ou biens privés ainsi qu'interdire des armes causant des souffrances inutiles quand deux Etats souverains sont en guerre et, dans le même temps, s'abstenir de décréter les mêmes interdictions ou d'offrir les mêmes protections quand la violence armée éclate "uniquement" sur le territoire d'un Etat souverain? Si le droit international, tout en sauvegardant, bien sûr, les intérêts légitimes des Etats, doit progressivement assurer la protection des êtres humains, l'effacement progressif de la dichotomie susmentionnée n'est que naturel. », *Le Procureur v. Dusko Tadic*, Arrêt relatif à l'appel de la défense

« est moins perçu comme un code d'honneur à l'intention des combattants, que comme le moyen de tenir les non-combattants le plus à l'abri des horreurs de la guerre ». <sup>605</sup> Le corpus devient, et ceci progressivement depuis la *Conférence de Téhéran de 1968*, la partie du droit international des droits de l'homme applicable dans les conflits armés, expression qui ne fait d'ailleurs pas l'unanimité parmi les internationalistes. <sup>606</sup> Ladite conférence fut un réel tournant dans les relations entre droits de l'homme et droit des conflits armés. Le DIH fit alors son entrée officielle au sein des institutions onusiennes, qui l'avaient jusque là largement ignoré, la guerre ne devant plus être une option après 1945. <sup>607</sup> La Commission du droit international décida en effet le 20 avril 1949 de ne pas inclure le droit de la guerre dans les thèmes devant faire partie de sa mission de codification

---

*concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*, Chambre d'appel, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Affaire IT-94-1, arrêt du 2 octobre 1995, § 97

<sup>605</sup> DOSWALD-BECK, Louise, VITE, Sylvain, «Droit humanitaire et droits de l'homme : spécificités et convergences »,..., p. 113

<sup>606</sup> « *The phrase human rights in armed conflicts is an example of inept wording....It disregards the obvious fact that wars negate human rights, that the latter actually do not exist in times of armed conflicts...* », MUSHKAT, Mario'n, « The development of international humanitarian law and the law of human rights », *German Yearbook of International Law*, vol. 21, 1978, p. 158; «*How to kill your fellow human beings in a nice way, has been described by some cynics as the endeavour of the law of war.* », DRAPER, Gerald I.A.D., «The Relationship between the Human Right and the Law of Armed Conflicts»,..., p. 194

<sup>607</sup> *Respect des droits de l'homme en période de conflit armé, Résolution XXIII* adoptée par la Conférence internationale des droits de l'homme, Téhéran, 12 mai 1968. D'autres résolutions adoptées par l'Assemblée générale suivront : Résolutions 2444 de 1969, 2597 de 1969, 2674 de 1970, 2675 de 1970, 2677 de 1970, 2852 de 1971, 3032 de 1972, 3102 de 1973...elles sont toutes intitulées « Respect des droits de l'homme dans les conflits armés ». Des rapports du Secrétaire général furent produits sur le même sujet, notamment le rapport du 20 novembre 1969, A/7720 ; les Conférences internationales de la Croix-Rouge adoptèrent également plusieurs résolutions (XII et XIII de 1969). Voir également, les résolutions 46/135 du 6 mars 1991 sur *la situation des droits de l'homme en Koweït sous occupation irakienne*, 46/136 du 17 décembre 1991 sur *la situation des droits de l'homme en Afghanistan* et la déclaration 47/133 du 18 décembre 1992 sur *la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées* et la Convention sur le même sujet adoptée le 20 décembre 2006, qui exprime dans son Préambule : « *Rappelant le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et les autres instruments internationaux pertinents dans les domaines des droits de l'homme, du droit humanitaire et du droit pénal international...* »

Certains auteurs ont tenté de rapprocher le droit humanitaire des droits de l'homme, avant ou suite à la Conférence de Téhéran. Par exemple, Jean Pictet a regroupé les deux branches sous le terme générique de droit humanitaire, voir PICTET, Jean, *Les principes du droit international humanitaire*,..., p. 8 : « *Le droit humanitaire est l'ensemble de normes de droit international assurant le respect de la dignité humaine et son développement.* »; Robertson considérait que le droit humanitaire était une sous-catégorie des droits de l'homme, ROBERTSON, Arthur Henry, «Humanitarian law and human rights», in SWINARSKI, Christophe, (Ed.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge/Studies and essays on international humanitarian law and Red Cross principles, en l'honneur de/in honour of Jean Pictet*, Genève/La Haye, CICR/Martinius Nijhoff, 1984, pp. 793-802 ; et Draper percevait le droit des conflits armés comme un régime des droits de l'homme adapté aux circonstances et aux besoins de la guerre, DRAPER, Gerald I.A.D., «The Relationship between the Human Right and the Law of Armed Conflicts»,..., p. 198.

Nous ne voulons pas aborder en détails la question des courants doctrinaux relatifs aux relations entre droits de l'homme et droit humanitaire, mais rappelons que trois approches principales existent : les confusionnistes ou intégrationnistes, favorables à une fusion complète des deux branches, comme Pictet ; les séparatistes sont soucieux de préserver l'autonomie des deux sphères : ils mettent l'accent sur la nature divergente de leurs origines et de leurs objectifs respectifs et refusent tout rapprochement, en outre en raison de la dimension idéologique et politique des droits de l'homme, notamment Henri Meyrowitz ; les complémentaristes tentent de coordonner les deux régimes pour éviter les lacunes au niveau de la protection, mais ils considèrent que DIH et droits de l'homme doivent rester des domaines distincts. Voir sur le sujet: PICTET, Jean, *Les principes du droit international humanitaire*,... ; MEYROWITZ, Henri, « Le droit de la guerre et les droits de l'homme », *Revue du droit public et de la science politique*, vol. 88, 1972, pp. 1059 et suivantes ; DRAPER, Gerald I.A.D., «The Relationship between the Human Right and the Law of Armed Conflicts»,..., pp. 191-207

et de développement du droit international.<sup>608</sup> Il est intéressant d'observer, que le 21 avril de la même année s'ouvrit la Conférence de Genève, ayant mené à l'adoption, le 12 août 1949 des quatre Conventions de Genève (ci-après CG).<sup>609</sup> Les Nations Unies ne s'engagèrent réellement en faveur de la question du respect des droits fondamentaux lors des conflits armés, que lors de la Guerre des six jours entre Israël et les pays arabes.<sup>610</sup>

La thématique des droits de l'homme est insérée dans les traités de DIH et apparaît dans les diverses *Conventions de Genève*, adoptées dès le XIX<sup>ème</sup> siècle, suite au traumatisme « Solferino »<sup>611</sup>, dans une moindre mesure dans les *Conventions de La Haye de 1899 et 1907*, et finalement, dans les *Protocoles additionnels de 1977* (ci-après PA).<sup>612</sup> Plusieurs dispositions de ces instruments visent exclusivement la protection des droits des individus, combattants ou civils.<sup>613</sup> Le droit international coutumier incluait, et ceci avant la grande période de codification,

---

<sup>608</sup> « *It was considered if the Commission at the very beginning of its work, were to undertake this study [on the laws of war] public opinion might interpret its action as showing lack of confidence in the efficiency of the means at the disposal of the United Nations for maintaining peace.* », *Yearbook of the International Law Commission*, vol. I, 1949, p. 281, § 18 et Doc. A/CN.4/SR. 6. Le Professeur Scelle exprima l'opinion, qu'étant donné que la *Charte des Nations Unies* avait banni la guerre, le droit des conflits armés ne devait pas être abordé, même si la question de la régulation des hostilités pût encore se poser dans le cas d'une guerre menée par une force internationale ou en exercice du droit à la légitime défense.

<sup>609</sup> *Convention de Genève I pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne* (ci-après CG I) ; *Convention de Genève II pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés dans les forces armées sur mer* (ci-après CG II) ; *Convention de Genève III relative au traitement des prisonniers de guerre* (ci-après-CG III) ; *Convention de Genève IV relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre* (ci-après CG IV).

<sup>610</sup> Voir la Résolution 237 du Conseil de sécurité, 14 juin 1967, alinéa 2 : « *Considering that essential and inalienable human rights should be respected even during the vicissitudes of the war,...* » et la Résolution 2252 de l'Assemblée générale du 4 juillet 1967, al. 1 (b).

<sup>611</sup> La toute première *Convention de Genève* fut adoptée le 22 août 1864 et concernait l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne. Il s'agissait du premier traité ouvert de droit international, en vertu de son article 9. Elle fut complétée par des articles additionnels en 1868 relatifs à la guerre sur mer. Ces instruments ne visaient que la protection du personnel médical, des blessés et des malades et codifiait, voire complétait le droit coutumier en la matière. La création du Comité internationale de la Croix-Rouge et la codification du droit de Genève répondaient aux interrogations d'Henry Dunant : « *N'y aurait-il pas moyen, pendant une période de paix et de tranquillité, de constituer des sociétés de secours dont le but serait de faire donner des soins aux blessés, en temps de guerre, par des volontaires zélés, dévoués et bien qualifiés pour une pareille œuvre ? (...) Dans des occasions extraordinaires, comme celles qui réunissent, par exemple à Cologne ou à Châlons, des princes de l'art militaire, appartenant à des nationalités différentes, ne serait-il pas à souhaiter qu'ils profitent de cette espèce de congrès pour formuler quelque principe international, conventionnel et sacré, lequel une fois agréé et ratifié, servirait de base à des sociétés de secours pour les blessés dans les divers pays de l'Europe ?* », DUNANT, Jean-Henry, *Un souvenir de Solferino*, Lausanne/Genève, Editions de l'Age d'Homme, Institut Henry Dunant, 1969, pp. 26-29.

Et à propos de la Croix-Rouge : « (...) elle constitue bien, du point de vue historique, une des manifestations les plus marquantes du grand mouvement moral, qui dès la fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle surtout et au cours du XIX<sup>ème</sup>, a porté l'humanité à respecter l'homme en tant que personne humaine, indépendamment des contingences nationales, politiques, religieuses et autres. », LOSSIER, Jean-G., « La Croix-Rouge et la Déclaration Universelle des droits de l'homme », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 31, 1949, p. 260

<sup>612</sup> *Protocole additionnel I aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux*, Genève, 8 juin 1977 (ci-après PA I) ; *Protocole additionnel II aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non-internationaux*, Genève, 8 juin 1977 (ci-après PA II).

<sup>613</sup> Entre autres, articles 27, 32, 71, 80 ou 101 de la CGIV, qui est reconnue comme étant la CG la plus inspirée par des considérations droits-de-l'hommes. Aussi l'article 13 de la CG III qui prohibe toute expérience médicale ou

certaines normes, visant à prohiber les armes causant des maux superflus, donc à éviter un nombre trop élevé de morts ou de blessés incurables, parmi les soldats, ainsi que d'autres règles exigeant d'épargner le plus possible les civils.<sup>614</sup>

L'article 3 commun aux *Conventions de Genève*, perçu généralement comme un code minimal de défense des droits de ceux qui se trouvent hors de combat, un « *microsystème de règles humanitaires applicables lors des conflits non-internationaux* », <sup>615</sup> et le *Protocole additionnel II* ont introduit des garanties indérogeables supplémentaires relatives à la protection des libertés fondamentales lors de situations de conflits armés non-internationaux. Le droit humanitaire ne se confine plus à réglementer les guerres entre les Etats: ces derniers ont délibérément consenti à se voir imposés des règles concernant le traitement à accorder à tout individu ennemi et à leurs propres nationaux, et ainsi restreindre leur domaine réservé. Les nombreuses tentatives, privées ou officielles, visant à identifier les standards fondamentaux d'humanité, « *noyau irréductible de normes essentielles applicables en toutes circonstances et à tout individu ou entité, dotées d'une indérogeabilité totale et d'un caractère absolu* », démontrent la détermination de certains de rapprocher, voir même de fusionner, les deux domaines, afin de combler les lacunes et les faiblesses pouvant intervenir dans certaines situations.<sup>616</sup> Ces standards, qui ne font que réaffirmer

---

mutilation physique sur les prisonniers de guerre, qui ne sont pas motivées par des raisons de santé ; *idem* article 11§2 du PAI et article 3 commun aux CG. Egalement, les articles 72 et 75 du PA I utilisent un langage directement inspiré par les droits de l'homme : on y retrouve les grands principes, interdiction de la discrimination, principes relatifs à l'intégrité physique et mentale des individus, interdiction de la détention arbitraire et les garanties judiciaires essentielles. Voir également, le préambule du PAII, § 2 : « *Rappelant également que les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme offrent à la personne humaine une protection fondamentale* » et ses articles 4, 5, 6.

Plus globalement, les droits suivants sont protégés :

- le droit à la vie : articles 100-101 CG III, articles 68 et 75 CG IV, articles 76§3 et 77§5 du PAI et articles 4 et 6§4 du PA II.
- l'interdiction des détentions et arrestations arbitraires : articles 21 de la CG III, 42 et 78 de la CG IV et article 5§2 (e) du PAII sur les conditions de détention.
- l'interdiction de la discrimination : article 6 de la CG I de 1864, article 4 de la CG de 1929 sur les prisonniers de guerre, articles 12/12/16/13 et 27 des CG de 1949, article 3 commun, article 75 du PAI et article 2 du PAII.
- le droit à un procès équitable et protection garanties judiciaires : partie II, section VI, chapitre III de la CG III, articles 86, 99, 103 à 106 de la CG III, articles 43, 65 à 67, 71 à 78, 117, 126 de la CG IV, article 3 commun, article 75 du PA I, article 6 du PAII.

Pour un aperçu global des droits communs aux deux ensembles, voir, MERON, Theodor, « Human Rights and Humanitarian Law: Growing Convergence », in MERON, Theodor, *Human Rights in Internal Strife: Their International Protection*, Hersch Lauterpacht Memorial Lectures, Cambridge, Grotius Publications, 1987, p. 17-26

<sup>614</sup> Le principe d'interdiction des armes causant des souffrances inutiles et des maux superflus a été codifié pour la première fois dans la Déclaration de Saint-Pétersbourg du 11 décembre 1868, *Déclaration à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre*. La prohibition est reprise à l'article 35(b) du PA I.

<sup>615</sup> SEPULVEDA, Cesar, « Interrelationships in the Implementation and Enforcement of International Humanitarian Law and Human Rights Law », *American University Law Review*, vol. 33, 1983-1984, n°1, pp. 117-124

<sup>616</sup> Ces zones grises sont principalement les situations de troubles ou de tensions internes : les droits de l'homme peuvent être sujets aux dérogations et le droit international humanitaire n'est pas applicable, car le seuil de conflit armé n'est en général pas atteint. L'effet combiné des dérogations et de la non-applicabilité des normes de DIH a pour résultat de priver de protection élémentaire les citoyens des Etats impliqués dans ce type de situation. MERON,

l'existence de quelques principes sous-tendant tant les droits de l'homme que le droit humanitaire, représentent la convergence et l'interaction entre ces « *deux branches connexes du droit, dont l'objectif commun est la sauvegarde de la dignité humaine (...)* ». <sup>617</sup> Néanmoins, ces initiatives, bien qu'approuvées par les Nations Unies, ne se pas encore matérialisées en un document juridiquement contraignant. <sup>618</sup> Les réalités du monde westphalien ont empêché l'extension du DIH à des situations de violence qui ne peuvent être formellement classifiées de conflits armés.

---

Theodor, *Human Rights in Internal Strife: Their International Protection*, Hersch Lauterpacht Memorial Lectures, Cambridge, Grotius Publications 1987, p. 136

Voir entre autres, *Projet de Déclaration relative aux droits fondamentaux de l'individu en situation de troubles internes ou d'urgence*, Comité international de la Croix-Rouge, Conférence des Experts Gouvernementaux sur la réaffirmation et le développement du DIH applicable dans les conflits armés, mai- juin 1971 ; *Déclaration sur les normes humanitaires minimales, dite Déclaration de Turku*, E/CN.4/Sub.2/1991/55, 2 décembre 1990. La déclaration fut révisée en 1994. L'article 1 proclame: « *This Declaration affirms minimum humanitarian standards which are applicable in all situations, including internal violence, disturbances, tensions, and public emergency, and which cannot be derogated from under any circumstances. These standards must be respected whether or not a state of emergency has been proclaimed.* » D'autres initiatives furent entreprises par des internationalistes de renom, dont Theodor Meron et Hans-Peter Gasser, voir : MERON, Theodor, « On the inadequate reach of humanitarian and human rights law and the need for a new instrument », *American Journal of International Law*, vol. 77, 1983, pp. 589-606, MERON, Theodor, « Towards a Humanitarian Declaration on Internal Strife », *American Journal of International Law*, vol. 78, 1984, pp. 859-868 et GASSER, Hans-Peter, « A Measure of Humanity in Internal Disturbances and Tensions: Proposals for a Code of Conduct », *International Review of the Red Cross*, n°262, janvier- février 1988, pp. 38-58, GASSER, Hans-Peter, « Troubles et tensions internes : un nouveau projet de déclaration sur les normes humanitaires minimales », *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, n° 789, mai- juin 1991. Et : VIGNY, Jean-Daniel, Thompson, Cecilia, « Standards fondamentaux d'humanité : quel avenir ? », *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, n° 840, 2000, pp. 917-939 : « ...il est urgent d'identifier et de regrouper des standards fondamentaux d'humanité, accessibles à tous, en un énoncé de principes reflétant le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire, ainsi que le droit international des réfugiés, applicables en tout temps, en toutes circonstances et à tout acteur étatique, interétatiques et non étatique, ainsi qu'à tout individu. », p. 917.

Mentionnons également, *l'Ensemble de règles minima pour le traitement des prisonniers*, UN Doc. A/CONF/611 (1955), adopté le 30 août 1955 par le premier Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, qui visait la préservation de la dignité des détenus. Ces règles furent actualisées par une résolution de l'Assemblée générale, *Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement*, Résolution 43/173 du 9 décembre 1988, UN Doc. A/RES/43/173.

L'idée de regrouper les normes fondamentales humanitaires découlant du droit des conflits armés et des droits de l'homme a trouvé un écho parmi les Etats membres de l'OSCE. Dans la Déclaration de Moscou du 3 octobre 1991, ils acceptèrent de ne limiter d'aucune manière que ce soit les garanties découlant des traités en matière de droits de l'homme auxquels ils sont parties. Ils soulignèrent l'importance d'une déclaration sur les standards d'humanité lors du Sommet de Budapest en 1994. Notons également les initiatives au sein du Conseil de l'Europe : *Etude sur la protection des droits de l'homme pendant les conflits armés, ainsi que de troubles et tensions internes*, document élaboré par Madame Françoise Hampson, Comité Directeur pour les droits de l'homme, DH-DEV(2002)1, Strasbourg 18 mars 2001

<sup>617</sup> VIGNY, Jean-Daniel, Thompson, Cecilia, « Standards fondamentaux d'humanité : quel avenir ? »,..., p. 938

<sup>618</sup> *Fundamental Standards of Humanity*, Report of the Secretary-General submitted pursuant to Commission Res. 2000/69, UN Doc. E/CN.4/2001/91, 2001; *Fundamental Standards of Humanity*, Report of the Secretary-General submitted pursuant to Commission Res. 1998/29, UN Doc. E/CN.4/1999/92, 1998; *Minimum Humanitarian Standards*, Analytical report of the Secretary-General submitted pursuant to Commission on Human Rights Res. 1997/21, UN Doc.E/CN.4/1998/87, 1998. Selon le Professeur Bianchi, cet échec est dû à une certaine réticence des Etats d'avoir un document précis et contraignant, qui pourrait les empêcher à l'avenir de contourner certaines de leurs obligations internationales. BIANCHI, Andrea, « Terrorism and Armed Conflict: Insights from a Law and Literature Perspective », *Leiden Journal of International Law*, vol. 24, N° 1, 2011, pp. 11-12

Parallèlement, le droit international des droits de l'homme introduit la problématique des conflits armés en son sein. Les clauses dérogatoires mentionnent les guerres, en tant qu'exemple d'urgence nationale:

*« 1. En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international. »*<sup>619</sup>

L'Etat qui déroge à ses engagements se doit, en outre, de respecter les autres obligations auxquelles il est soumis, *« sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international »*, exigence qui inclut le DIH.<sup>620</sup> Les clauses de dérogation reflètent les relations existant entre les deux ensembles: les droits de l'homme constituent l'ordonnement normal de la société et le droit des conflits armés correspond à l'exceptionnalité. Les conflits armés doivent demeurer des épiphénomènes, mais il est accepté qu'ils font partie de la réalité internationale.

Au vu de la relation étroite qu'entretiennent les droits de l'homme en temps de conflit armé et le droit international humanitaire, les organes créés par les traités en matière de protection des droits de la personne se trouvent parfois confrontés à des situations auxquelles les normes de DIH devraient s'appliquer. Très peu de pratique existe néanmoins en la matière, la Cour européenne des droits de l'homme et le Comité des droits de l'homme faisant preuve d'une réticence extrême à faire usage des règles appartenant à d'autres régimes que le leur. Ils ont cependant ponctuellement emprunté certains principes et critères au DIH.<sup>621</sup> Le Comité des droits de l'homme a fait quelques

---

<sup>619</sup> Article 15§1 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*; article 27§1 de la *Convention interaméricaine relative aux droits de l'homme*. Par contre, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* ne fait pas de référence à la guerre, ceci étant expliqué par le bannissement du recours à la force armée par la *Charte des Nations Unies*. Rappelons le paragraphe 2 de l'article 15 de la *Convention européenne*: *« La disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3, 4 § 1 et 7. »* Ces exemples démontrent que l'application des conventions en matière de droits de l'homme n'est pas limitée aux périodes de paix. Voir également l'article 38 de la *Convention sur les droits de l'enfant de 1989*, qui prescrit des règles applicables lors de conflits armés, le *Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés* du 25 mai 2000 et la *Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants*, signée le 26 novembre 1987, articles 9 (référence aux situations de défense nationale) et 17§3 (mention des CG, des PA et du Comité international de la Croix-Rouge).

<sup>620</sup> Article 4§1 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. Voir *Observation Générale N°29, Dérogations pendant un Etat d'urgence (article 4)*, adoptée par le Comité des droits de l'homme à sa 1950<sup>ème</sup> séance, le 24 juillet 2001, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 août 2001, § 9: *« Furthermore, article 4, paragraph 1, requires that no measure derogating from the provisions of the Covenant may be inconsistent with the State party's other obligations under international law, particularly the rules of international humanitarian law. Article 4 of the Covenant cannot be read as justification for derogation from the Covenant if such derogation would entail a breach of the State's other international obligations, whether based on treaty or general international law. »*

<sup>621</sup> Notamment les principes de proportionnalité et de distinction, ainsi que les critères permettant la détermination de ce que constitue un objectif militaire. Voir les *affaires Ergi v. Turquie*, Cour européenne des droits de l'homme, Requête N° 661997/850/1057, arrêt, Strasbourg, 28 juillet 1998, §§ 79-86, *McCann et autres v. Royaume-Uni*, Cour européenne des droits de l'homme, Requête N° 17/1994/464/545, arrêt, Strasbourg, 27 septembre 1995, §§, 194-200 et

références, le plus souvent implicites, au droit humanitaire dans ses observations finales et ses observations générales. La Commission interaméricaine des droits de l'homme, adoptant une position plus progressiste, a reconnu pouvoir appliquer le DIH, dans la mesure où l'article 29§b de sa Convention renvoie explicitement à d'autres textes.<sup>622</sup> Elle invoqua également l'article 25, relatif au droit à un recours effectif, et la clause dérogatoire énoncée à l'article 27 pour fonder sa compétence. Par la suite, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a, quant à elle, modéré

---

§ 213. La Cour a accepté que les droits de l'homme s'appliquaient pleinement en période de conflits armés : *Affaire Chypre v. Turquie*, Requête N° 25781/94, arrêt, Strasbourg, 10 mai 2001. Egalement, *affaire Issaieva v. Russie*, Requête N° 57950/00, exceptions préliminaires, arrêt Strasbourg, 24 février 2005 ; *affaire Khatsiyeva v. Russie*, Requête N° 5108/02, arrêt, Strasbourg, 17 janvier 2008 et *affaire Mezhidow v. Russie*, Requête N° 67326/01, arrêt, Strasbourg, 25 septembre 2008. Soulignons que la Cour européenne a pris en considération et appliqué le droit international humanitaire dans l'*affaire Engel v. Pays-Bas*, Requête N° 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, arrêt, Strasbourg, 8 juin 1976, § 72. Il est vrai que l'*affaire Bankovic and others v. Belgium and others*, Requête N° no. 52207/99, décision sur la recevabilité, Strasbourg, 12 décembre 2001, restreint l'applicabilité de la CEDH à des situations de conflits armés, qui se déroulent hors du territoire de l'Etat partie ou du territoire sur lequel il exerce sa juridiction. Voir les *Observations finales* sur la Croatie du 28 décembre 1992, sur la Bosnie Herzégovine du 28 décembre 1992, sur la Colombie du mai 1997 et sur Israël du 21 août 2003. Et l'*Observation générale N°31, La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte du 29 mars 2004*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 mai 2004, §11.

<sup>622</sup> *Affaire Juan Carlos Abella v. Argentine*, OEA/Ser,L/V/II.95, doc. 38, affaire N° 11.137, rapport 55/97, 18 novembre 1997, §§ 164-166 et § 171: «164. *The Commission believes that in those situations where the American Convention and humanitarian law instruments apply concurrently, Article 29(b) of the American Convention necessarily require the Commission to take due notice of and, where appropriate, give legal effect to applicable humanitarian law rules. Article 29(b) --the so-called "most-favourable-to-the-individual-clause"-- provides that no provision of the American Convention shall be interpreted as "restricting the enforcement or exercise of any right or freedom recognized by virtue of the laws of any State Party of another convention which one of the said states is a party."*

165. *The purpose of this Article is to prevent States Parties from relying on the American Convention as a ground for limiting more favourable or less restrictive rights to which an individual is otherwise entitled under either national or international law. Thus, where there are differences between legal standards governing the same or comparable rights in the American Convention and a humanitarian law instrument, the Commission is duty bound to give legal effort to the provision(s) of that treaty with the higher standard(s) applicable to the right(s) or freedom(s) in question. If that higher standard is a rule of humanitarian law, the Commission should apply it.*

166. *Properly viewed, the close interrelationship between human rights law and humanitarian law also supports the Commission's authority under Article 29 (b) to apply humanitarian law, where it is relevant.*

171. *It is also worth noting that the Inter-American Court of Human Rights has viewed with approval the Commission's practice of applying sources of international law, other than the American Convention. In its Advisory Opinion interpreting the terms "other treaties" in Article 64 of the American Convention, the Court stated:*

*The Commission has properly invoked in some of its reports and resolutions "other treaties concerning the protection of human rights in the American states", regardless of their bilateral or multilateral character, or whether they have been adopted within the framework or under the auspices of the inter-American system. »*

Voir aussi *affaire Coard v. United States of America*, Commission interaméricaine des droits de l'homme, Case 10.951, Report N° 109/9929 septembre 1999, § 39 : «39. *First, while international humanitarian law pertains primarily in times of war and the international law of human rights applies most fully in times of peace, the potential application of one does not necessarily exclude or displace the other. There is an integral linkage between the law of human rights and humanitarian law because they share a "common nucleus of non-derogable rights and a common purpose of protecting human life and dignity," and there may be a substantial overlap in the application of these bodies of law. Certain core guarantees apply in all circumstances, including situations of conflict, and this is reflected, inter alia, in the designation of certain protections pertaining to the person as peremptory norms (jus cogens) and obligations erga omnes, in a vast body of treaty law, in principles of customary international law, and in the doctrine and practice of international human rights bodies such as this Commission. Both normative systems may be thus being applicable to the situation under study. »*

cette approche, refusant d'avoir la capacité de se déterminer sur d'éventuelles violations du DIH,<sup>623</sup> mais n'a toutefois pas exclu l'emploi du DIH à des fins d'interprétation.<sup>624</sup>

Le droit pénal international contemporain constitue une étape décisive dans la confirmation de convergence, dans le sens où il réprime les violations graves du droit international humanitaire et des droits de l'homme et engendre la responsabilité internationale individuelle pour tout acte commis aussi bien en temps de paix que de guerre, conflits internationaux ou internes : ce qui importe désormais est la gravité et le caractère inhumain des actions perpétrées et non les circonstances de leur commission.<sup>625</sup> Les statuts de Tribunaux pénaux internationaux pour le Rwanda et l'ex-Yougoslavie, qui ne font d'ailleurs pas référence, *expressis verbis*, aux droits de l'homme ou au droit humanitaire, ont permis d'identifier les droits protégés par les deux corpus et dont le non-respect constitue un crime.<sup>626</sup> Cette observation est transposable à la Cour pénale internationale:

« *By granting the Court jurisdiction over all the four offences [genocide, crimes against humanity, war crimes and aggression], the Statute removes any further need to distinguish between human rights and international humanitarian law, for offences formerly regarded as falling within one or other of these concepts are now treated in accordance with the law of the Court...*»<sup>627</sup>

---

<sup>623</sup> *Affaire Las Palmeras v. Colombie*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt du 6 décembre 2001, Séries C. N° 67, §§ 17, 24 et 33: « *In order to carry out this examination, the Court interprets the norm in question and analyzes it in the light of the provisions of the Convention. The result of this operation will always be an opinion in which the Court will say whether or not that norm or that fact is compatible with the American Convention. The latter has only given the Court competence to determine whether the acts or the norms of the States are compatible with the Convention itself, and not with the 1949 Geneva Conventions.* »

<sup>624</sup> *Affaire Bamaca-Velasquez v. Guatemala*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt du 16 novembre 2000, Séries C. N° 70(2000), §§ 205-209

<sup>625</sup> Nous reviendrons sur l'extension de la portée du droit humanitaire, aux niveaux *ratione loci, materiae* et *personae* dans la **partie III. C.**

<sup>626</sup> *Statut du Tribunal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie*, 25 mai 1993, *Statut du Tribunal criminel international chargé de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de tels actes ou violations commis sur le territoire d'États voisins entre le 1er janvier et le 31 décembre 1994*, 8 novembre 1994.

<sup>627</sup> GREEN, Leslie Claude, «The Relations between Human Rights Law and International Humanitarian Law: a Historical Overview», in *Testing the Boundaries of International Humanitarian Law*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2006, p. 82. Voir également, MERON, Theodor, «International Humanitarian Law and Human Rights», in WARNER, Daniel, (Ed.), *Human Rights and Humanitarian Law: The Quest for Universality*, La Haye, Martinus Nijhoff, Nijhoff Law Specials n°29, 1997, p. 122: «*The decisions of the Security Council in establishing the Tribunals' jurisdiction, like the pronouncements of the International Court of Justice, go beyond the specific context of international and non-international armed conflicts and beyond the context of human rights and humanitarian law to reach their common origin, the principle of humanity.* »

Rappelons aussi la réaffirmation constante par le Conseil de sécurité de la nécessité de faire juger les responsables de violations graves des droits de l'homme et du DIH lors de conflits armés: voir les résolutions 770 du 13 août 1992, 781 du 9 octobre 1992, 780 du 6 octobre 1992, 794 du 3 décembre 1992, 816 du 13 mars 1993, 819 du 16 avril 1993, 859 du 24 août 1993, 1003 du 5 juillet 1995, 1239 du 14 mai 1999, 1264 du 15 septembre 1999, 1272 du 25 octobre 1999, 1291 du 24 février 2000, 1297 du 12 mai 2000, 1547 du 11 juin 2004. Le Conseil de sécurité a aussi déferé le cas du Darfour à la Cour pénale internationale, Résolution 1593 du 31 mars 2005.

Le droit humanitaire et les droits humains sont basés sur certaines prémisses éthiques identiques et partagent des objectifs communs, à savoir la protection des êtres humains se trouvant dans des situations de vulnérabilité.<sup>628</sup> Les deux branches sont traversées par la même philosophie et les mêmes bases morales, bien que certaines divergences au niveau de leurs racines philosophiques, « *la justice pour les droits de l'homme, l'humanité pure pour le droit humanitaire* », soient parfois mises en exergue.<sup>629</sup> Cependant, la majorité des règles sont générées par le même processus, qui a permis de concrétiser et transposer des idéaux en normes juridiques et de les exprimer en des règles précises.<sup>630</sup>

Les théories qui soutiennent que les deux domaines soient fondés sur des piliers totalement différents doivent être combattues:<sup>631</sup> bien qu'il soit évident que le droit humanitaire soit la

---

<sup>628</sup> « *It is not difficult to see that three branches [human rights, international humanitarian law and refugees law] of international law spring from the same roots- the solidarity of the international community- based on the recognition that all of humanity is one, and that individuals deserve the protection of the community when the basic foundations of their status of human beings is threatened or when painful events occur.* », SEPULVEDA, Cesar, « *Interrelationships in the Implementation and Enforcement of International Humanitarian Law and Human Rights Law* », ..., p. 121  
Voir *Procureur v. Furundzija*, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, jugement du 10 décembre 1998, N° IT-95-17/1-t, § 183 : « *L'aspect essentiel des règles du droit international humanitaire ainsi que du droit relatif aux droits humains réside dans la protection de la dignité de la personne, qu'elle soit de sexe masculin ou féminin. Le principe général du respect de la dignité humaine est à la base du droit international humanitaire et des droits de l'homme et en est, en fait, la raison d'être; il est désormais si important qu'il imprègne le droit international dans son ensemble. Ce principe a pour but de protéger l'être humain de toute atteinte à sa dignité personnelle, que celle-ci découle de violences corporelles, d'humiliations ou de coups portés à l'honneur, au respect de soi ou au bien-être mental d'une personne.* » ; Et aussi, *affaire Coard v. United States of America*, Commission interaméricaine des droits de l'homme, Case 10.951, Report N° 109/9929 septembre 1999, § 39 : « *...the integral linkage between the law of human rights and humanitarian law...share a common nucleus of non-derogable rights and a common purpose of protection human life and dignity.* »

<sup>629</sup> Les sources du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire dérivent de nombreuses influences extra-juridiques communes, morales, éthiques, religieuses et politiques. Pour Clausewitz, les limites juridiques et sociales à la guerre étaient basées en dehors du droit et trouvaient leurs fondements dans l'éthique, la chevalerie et la courtoisie. Il refuse toutefois que ces considérations de civilisation puissent limiter l'emploi de la violence et l'emporter sur la volonté politique. Voir, VON CLAUSEWITZ, Carl, *On War*, Princeton, Princeton University Press, 1989.

Les origines des droits de l'homme sont plus floues : religion, lois de la nature, utilitarisme positiviste, libéralisme, ou encore les mouvements socialistes. Il est reconnu que des auteurs comme John Locke, Thomas Paine ou Jean-Jacques Rousseau ont grandement encouragé le développement de l'idée des droits de l'homme, tels qu'ils seront reflétés dans les Constitutions révolutionnaires des XVIII<sup>ème</sup> et XIX<sup>ème</sup> siècles. De même, soulignons l'influence des théoriciens positivistes, comme Bentham ou Austin, qui voyaient le respect des droits de l'homme comme une forme de coopération avantageuse et bénéfique à tous les acteurs. A ce sujet, voir SHESTACK, Jerome J., « *The Jurisprudence of Human Rights* », in MERON, Theodor, (Ed.), *Human Rights in International Law*, Londres, Oxford University Press, 1984, Vol. I, p. 69

SASSOLI, Marco, « *Mise en œuvre du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme : Une comparaison* », *Annuaire Suisse de Droit International*, vol. XLIII, 1987, p. 52. Le droit humanitaire se concentre sur la protection des victimes de la guerre, alors que les droits de l'homme s'intéressent aux violations, et les institutions prévues à cet effet « *veillent au respect, constatent- et sanctionnent même parfois- des violations.* »

<sup>630</sup> GREIG, Donald Westlake, « *The Underlying Principles of International Humanitarian Law* », ..., p. 84

<sup>631</sup> « *(...) on a normative level, humanitarian law contemplates a starting point of death, violence and destruction that is repugnant to the essence of human rights law.* », BENISON, Audrey, « *War Crimes: A Human Rights Approach to a Humanitarian Law Problem at the International Criminal Court* », *Georgia Law Journal*, vol. 88, 1999, p. 159; « *(...) it can be plausibly argued that the law of armed conflict and human rights law have diametrically opposed, or at least incompatible axiologies and employ different mechanisms to achieve their aims.* », SCOBBIIE, Iain, « *Principle or*

réalisation d'un équilibre fragile entre des considérations militaires et un souci de protection de l'être humain, le principe d'humanité a toujours guidé, certes dans une mesure qui a varié, l'élaboration de nouvelles pratiques et de nouveaux instruments. Comme l'affirma Hersch Lauterpacht, même dans les dispositions qui apparaissent uniquement sous-tendues par des facteurs stratégiques, l'objectif humanitaire n'est jamais totalement absent.<sup>632</sup>

*« On a more philosophical plane, it may be added that these two branches of law are impelled by a single conviction: respect for dignity of the human person, which must be protected against any harm. Beyond legal considerations which are after all of only relative significance, it is essential to engage all possible means to achieve the common purpose. »*<sup>633</sup>

Il n'est pas surprenant que la plupart des normes de *jus cogens* ou des obligations *erga omnes*, reconnues et acceptées comme telles aujourd'hui, appartiennent aux droits de l'homme et au droit humanitaire, car elles véhiculent assurément certaines valeurs perçues comme fondamentales et nécessaires par les acteurs de l'arène internationale, d'où une impossibilité de modifier, partiellement ou totalement, ces régimes juridiques.<sup>634</sup> Dans les deux cas de figure, l'indérogeabilité exprimée n'est pas uniquement liée à des normes, énonçant des droits et obligations à la charge des Etats, mais se rattache également à des droits appartenant à l'individu. Leur jouissance reste évidemment tributaire de la volonté des Etats, à qui il revient de les mettre en œuvre et de les faire respecter, mais l'existence de normes auxquelles il est impossible de déroger est influencée par la volonté d'accorder une place à l'individu, en tant que réel sujet juridique, et

---

Pragmatics? The Relationship between Human Rights Law and the Law of Armed Conflict», *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 14, n°3, 2010, p. 456.

<sup>632</sup> Au sujet des règles incluses dans les *Conventions de La Haye*, il dit: «*But even in these instances the humanitarian purpose of the rules in question is not altogether absent in so far, for example, as they aim at facilitating the care of wounded and the collection of the dead, at rendering possible a semblance of peaceful contact between the belligerents, and at bringing about the cessation of hostilities(...)* We shall utterly fail to understand the true character of the law of war unless we realize that its purpose is almost entirely humanitarian in the literal sense of the word, namely to prevent or mitigate suffering, and in some cases, to rescue life from the savagery of battle and passion. », LAUTERPACHT, Hersch, « The Problem of the Revision of the Law of War », *British Yearbook of International Law*, vol. 29, 1952, pp. 363- 364; Voir, MERON, Theodor, « On the inadequate reach of humanitarian and human rights law and the need for a new instrument », *American Journal of International Law*, vol. 77, 1983, p. 593: «...international humanitarian law, while protecting the rights of states and governing their duties, also contains a prominent human rights component, dating back to the 19<sup>th</sup> century when the law of war had come to be seen as a law of humanitarian restraints upon the conducts of the belligerents. »

<sup>633</sup> MELANDER, Göran, «International Humanitarian Law and Human Rights», *Scandinavian Studies in Law*, vol. 24, 1985, p. 148, citant un document de la Croix-Rouge: *The Red Cross and Human Rights*, Working Document prepared by the International Committee of the Red Cross in collaboration with the Secretariat of the League of the Red Cross Societies, Geneva, 1983, p. 29

<sup>634</sup> Voir par exemple, *Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, A/RES/56/83 du 12 décembre 2001 et commentaires disponibles at

[http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/commentaires/9\\_6\\_2001\\_francais.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/commentaires/9_6_2001_francais.pdf), consulté le 18 mai 2011. Le commentaire de l'article 40 se lit comme suit : « Au vu de ce que la Cour internationale de Justice a dit des règles fondamentales du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés qui ont un caractère «intransgressible», il semblerait aussi justifié de les considérer comme impératives. », p. 305 et affaire *Barcelona Traction, Light and Power Company, Belgique v. Espagne*, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J. 1970, deuxième phase, arrêt sur le fond du 5 février 1970. Voir le chapitre consacré au *jus cogens*, notamment, **Chapitre II. partie D.**

de protéger ses droits contre les abus commis par les autorités, mais également de lui imposer certaines obligations.

*«International law is primarily an inter-state legal system. That is to say, the rights and the duties that it creates devolve mainly on States (...) Nevertheless, more and more rights are being conferred by modern international law directly on individual human beings per se.»<sup>635</sup>*

L'indérogeabilité devient le vecteur des aspirations des acteurs, désirant dépasser le paradigme traditionnel et transformer la société internationale des Etats en une réelle communauté globale humaine.<sup>636</sup> Les deux corpus transcendent les intérêts égoïstes des Etats et le schéma de réciprocité sur lequel fut basé le droit international, tout en recherchant un équilibre fragile entre des considérations contradictoires, entre la défense des Etats souverains et la protection de l'individu, entre le consentement et le consensus, entre la nécessité liée à une situation et la promotion du principe de dignité humaine minimale. De ce constat découle une forme particulière d'indérogeabilité, liée à certaines normes, qui posséderaient un caractère objectif et non-contractuel. Droits de l'homme et droit humanitaire se voient inexorablement liés par un principe, qui fut ainsi exprimé par la Cour internationale de Justice :

*« Ces obligations sont fondées non pas sur la Convention VIII de La Haye, de 1907, qui est applicable en temps de guerre, mais sur 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. »<sup>637</sup>*

La problématique de l'indérogeabilité correspond ici au dilemme que traverse le droit international contemporain, à savoir trouver un compromis acceptable entre la préservation des intérêts de l'humanité et de ceux des Etats, qui demeurent, malgré les changements intervenus, des acteurs importants.<sup>638</sup> Comme l'a expliqué le Professeur Koskenniemi, le droit international doit être suffisamment concret pour refléter la *Realpolitik*, et simultanément, il doit matérialiser des croyances qui possèdent une force normative suffisante pour lier les Etats et les empêcher d'agir comme bon leur semble : l'indérogeabilité représente une limite ultime à l'arbitraire.<sup>639</sup>

---

<sup>635</sup> DINSTEIN, Yoram, «Human rights in armed conflicts: International humanitarian law», in MERON, Theodor, (Ed.), *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues*, Oxford, Clarendon Press, 1984, p. 345

<sup>636</sup> « *The protection of human personality and of its fundamental rights is the ultimate purpose of all law, national and international.* », LAUTERPACHT, Hersch, (Ed.), *International Law, The Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, Cambridge/London, Cambridge University Press, 1975, p. 74

<sup>637</sup> *Affaire du Détroit de Corfou*, Royaume-Uni v. Albanie, Cour internationale de Justice, arrêt du 9 avril 1949, fond, Recueil C.I.J. 1949, p. 22.

<sup>638</sup> «...the possibility that we are slowly groping toward some broader overarching principle, a vision of international law as the ultimate guarantor of respect for individual worth and dignity against any infringement, whether by governments or private individuals. If the international community increasing is prepared to protect individuals by imposing responsibility directly on individuals, the implications for our concepts of the role of the state and the nature of international society could be profound.», BILDER, Richard B, «Distinguishing Human Rights and Humanitarian Law : The Issue of Nuclear Weapons», *American University Law Review*, vol. 31, 1981-1982, pp. 960-961

<sup>639</sup> KOSKENNIEMI, Martti, *From Apology to Utopia : The Structure of International Legal Instrument*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustanus, 1989

Le droit international des droits de l'homme et le droit international des conflits armés sont pourtant des domaines distincts du droit international, tant au niveau de leurs origines historiques,<sup>640</sup> de leur développement séparé, que de leur contenu<sup>641</sup> et de leurs mécanismes de mise en œuvre.<sup>642</sup> Les expressions droits de l'homme et droit humanitaire ne sont pas interchangeables : la première est liée à la qualité du sujet qui jouit des droits, alors que le terme d'humanitaire est sous-tendu par les considérations qui infusent les normes et qui mènent à la création de droits aussi bien pour l'individu que pour les Etats.<sup>643</sup> Représentant l'une des matières les plus anciennes du droit international, le droit de la guerre régula initialement les relations entre nations, tout en prévoyant un nombre limité de règles visant la protection de certains individus ennemis. La pratique étatique uniforme et continue mena à la création de règles coutumières, qui furent largement codifiées dès le XVIIIème siècle.<sup>644</sup> Les droits de l'homme ont trouvé leur concrétisation à l'époque des Lumières, notamment avec les théories relatives à l'état de droit, et ont d'abord trouvé expression en droit interne.<sup>645</sup> Ils n'intégrèrent le droit international qu'après les horreurs de la Deuxième guerre mondiale. Certes, certains aspects des droits de

---

<sup>640</sup> « ...les progrès des droits de l'homme ont toujours été le résultat d'une lutte, d'une conquête de l'opprimé sur l'opprimeur ; les progrès du droit humanitaire apparaissent au contraire comme une concession accordée discrétionnairement par le seigneur de la guerre à sa victime. », DAVID, Eric, « Droits de l'homme et droit humanitaire », in *Mélanges Fernand Dehousse*, vol. 1, Paris, F. Nathan, 1979, p. 172

Robert Kolb souligne la différence de logique fondant les deux branches : selon lui, le droit des conflits armés est un droit auto-suffisant, objectif, détaillé et directement applicable, alors que le droit des droits de l'homme s'apparente à un droit constitutionnel, qui a besoin d'être concrétisé par les pouvoirs publics et dont le fonctionnement suppose un ordre social pacifié. Les droits de l'homme doivent être traduits en normes concrètes, il s'agit de droits subjectifs suprêmes. Le DIH constitue un droit technique et dépolitisé, contrairement aux droits de l'homme qui sont porteurs de principes axiologiques et d'une idéologie politique. KOLB, Robert, *Jus in Bello : Le Droit International des Conflits Armés, Précis*, Bâle/Bruxelles, Collection de droit international Public, Helbing and Lichtenhahn/Bruylant, 2003, pp. 234-253

<sup>641</sup> « *The law of war, in contrast to human rights law, allows or at least tolerates the killing and wounding of innocent human beings not directly participating in an armed conflict- such as civilians victims of lawful collateral damage, for example. It also permits certain deprivations of personal freedom without convictions in a court of law. It allows occupying power to resort to internment and to limit appeal rights of detained persons. It permits limitations of freedoms of expression and assembly.* », MERON, Theodor, *The Humanization of International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, p. 8

<sup>642</sup> Sur cette problématique, voir KOLB, Robert, « Aspects Historiques de la Relation entre le Droit International Humanitaire et les droits de l'homme », *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 37, 1997, pp. 57-99

Sur la question des différences entre les mécanismes de mise en œuvre, voir SASSOLI, Marco, « Mise en œuvre du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme : Une comparaison », ..., pp. 24-61

<sup>643</sup> DINSTEIN, Yoram, « The Reform of the Protection of Human Rights during armed conflict and period of emergency and crisis », in *The reform of international institutions for the protection of human rights...*, p. 347

<sup>644</sup> Pour un aperçu complet du développement historique du droit de la guerre, voir, DAVID, Eric, « Droits de l'homme et droit humanitaire », ..., pp. 170-172

<sup>645</sup> Quelques jalons ont été posés avant l'époque des Lumières, par exemple : Athènes consacra déjà au V<sup>ème</sup> siècle l'égalité de ses citoyens devant la loi et leur droit de participer à la chose publique ; la *Magna Carta* énonça l'interdiction de l'arrestation arbitraire et consacra le droit à un procès devant ses pairs ; la *Petition of Rights* de 1628, l'*Habeas Corpus Act* en 1679 et la *Bill of Rights* de 1689 en Angleterre, proclamèrent des nombreux droits politiques ; la *Bill of Rights* de 1776, la Constitution de 1791 des Etats-Unis, la Déclaration française des droits de l'homme et des citoyens en 1789 et les Constitutions latino-américaines concrétisèrent la protection des droits fondamentaux dans les législations nationales.

l'homme ont fait l'objet de traités internationaux avant 1945, comme l'interdiction de l'esclavage, la protection des étrangers, les droits des travailleurs ou des minorités.<sup>646</sup>

Le droit humanitaire est un droit d'urgence, qui s'applique exclusivement à des situations d'exception, conflits armés et occupation, où les institutions étatiques sont menacées de dislocation, tandis que les droits de l'homme sont un système de règles qui s'appliquent le plus usuellement en temps de paix et dépendent de ce fait de l'existence d'un Etat, pour déployer leurs effets de manière efficace.<sup>647</sup> Le droit humanitaire possède un champ d'application personnel à deux dimensions : une partie des règles et standards qu'il énonce ne s'applique qu'aux Etats et à leurs relations, en tant que parties situées sur un pied d'égalité, et une autre portion confère des droits et des obligations directement ou indirectement aux individus.<sup>648</sup> Parallèlement à ce dernier aspect, les règles ne visent que les personnes appartenant à certaines catégories prédéfinies : les personnes qui ne participent pas ou plus aux hostilités.<sup>649</sup> Le droit des conflits armés possède deux composantes : le droit de Genève, à savoir les règles qui offrent une protection minimale et un traitement humain aux individus hors de combat ou mis hors de combat et le droit de La Haye, qui traite à proprement parler de la conduite des hostilités et correspond davantage à un droit international interétatique classique.<sup>650</sup> Cette distinction a un impact sur la question de l'indérogeabilité des normes, le droit de La Haye étant basé sur la nécessité militaire et la préservation de l'Etat, alors que le droit de Genève se fonde sur un éthos humanisant. Cependant, les normes n'acquièrent pas une nature humanitaire uniquement parce qu'elles sont incluses dans telle ou telle convention, mais leur caractère est avant tout défini par leur contenu matériel.<sup>651</sup>

---

<sup>646</sup> *La Convention relative à l'esclavage* fut signée le 25 septembre 1926, la création de l'Organisation internationale du travail date de 1919 et certaines conventions relatives à la protection de minorités furent adoptées suite à la Première guerre mondiale.

<sup>647</sup> « IHL is applicable in time of armed conflict and occupation. Conversely, human rights law is applicable to everyone within the jurisdiction of the State concerned in time of peace as well as in time of armed conflict. », *European Guidelines on promoting compliance with international humanitarian law*, 2005/C 327/04, 23 décembre 2005, § 12.

<sup>648</sup> Les articles 7 CG I et CG III, article 8 CG IV se réfèrent à des droits devant être garantis aux individus. D'autres dispositions des CG créent des droits au bénéfice des Etats : article 16 CG I, article 19 CG II ; finalement, des nombreux articles imposent des obligations aux Etats : article 16 de la CG I, article 117 de la CG III, article 63 de la CG IV....

<sup>649</sup> Les garanties visent principalement les individus possédant la nationalité de l'Etat ennemi ou, dans les cas de conflits armés non-internationaux, les membres des groupes d'opposition.

<sup>650</sup> «...international humanitarian law consists of two components, one based largely on customary international law, later codified in the Hague Conventions of 1899 and 1907, and the other consisting almost exclusively of the Geneva Conventions of 1949 and the two Additional Protocols of 1977. », RWELAMIRA, Medard R., «Human Rights and International Humanitarian Law: the Link or Common Ground Revisited», *Stellenbosch Law Review*, vol. 3, 1992, p. 330

<sup>651</sup> DINSTEIN, Yoram, «Human rights in armed conflicts: International humanitarian law», in MERON, Theodor, (Ed.), *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues*, Oxford, Clarendon Press, 1984, p. 346. Dinstein note qu'il y a eu une rotation constante entre les dispositions du droit de Genève et les dispositions du droit de la Haye et que les deux ensembles se sont mutuellement influencés. DINSTEIN, Yoram, « The Reform of the Protection of Human Rights during armed conflict and period of emergency and crisis », in *The reform of international institutions*

Le droit international des droits de l'homme s'applique en toutes circonstances et aspire à l'épanouissement global de tous les êtres humains, même si son application se trouve circonscrite par les possibilités de dérogations et de limitations. Il octroie des droits subjectifs aux individus ou à des groupes d'individus et impose des obligations aux Etats, afin de défendre les citoyens contre les abus potentiels pouvant être commis par les autorités. Les droits de l'homme se concentrent sur la valeur des individus en tant qu'êtres humains égaux entre eux. Les relations régies traitent donc des rapports entre un Etat et un individu, dont il est ressortissant ou qui se trouve sous sa juridiction.<sup>652</sup> De plus, même si certains droits protégés sont communs aux deux ensembles, il est évident que certaines libertés ne sont garanties que par le droit international des droits de l'homme et que d'autres peuvent être suspendues ou limitées lors de situations d'urgence.<sup>653</sup> Finalement, le droit humanitaire incorpore en son sein des droits qui sont engendrés uniquement par l'existence du conflit armé, comme par exemple ceux qui sont octroyés aux individus envers l'Etat ennemi ou l'Etat occupant.

*« Depending on its content and nature, a peacetime human right may disappear in wartime, be the same in wartime as it is in peacetime, be diminished in wartime, or be expanded in wartime. Wartime human rights may also exist where none exist in peacetime. »<sup>654</sup>*

Le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire constituent deux domaines du droit international distincts, qui partagent certaines similitudes. Ils sont pertinents pour la présente recherche, car ils soulèvent de nombreuses questions relatives à l'indérogeabilité et à son expression sous différentes formes. La partie **B** sera consacrée aux droits de l'homme : il faudra distinguer entre les différentes catégories de droits et comprendre les raisons qui expliquent que certains d'entre eux bénéficient d'un régime particulier et d'une protection renforcée. L'objectif est d'établir la spécificité de l'indérogeabilité attachée à certains droits, attributs inhérents de la personne humaine, ainsi que d'en identifier les fonctions et le rôle au sein du régime des droits de l'homme, et plus globalement, du système juridique international. La section suivante (**C**) traitera du droit des conflits armés, comme un ensemble juridique perçu comme indérogeable. Les raisonnements ayant été développés pour soutenir cette approche seront mis en lumière, tout comme les arguments présentés pour contrer la prétendue indérogeabilité du droit international humanitaire. Démontrer que l'indérogeabilité, malgré la parenté des droits de

---

*for the protection of human rights: first International Colloquium on Human Rights*, La Laguna, Tenerife, November 1992, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 345

<sup>652</sup> Selon la théorie du « Drittwirkung », les conventions en matière de droits de l'homme doivent s'appliquer dans les relations interindividuelles, mais il revient à l'Etat de garantir cette application horizontale, voir *affaire Young, James and Webster v. Royaume-Uni*, Requête n° 7601/76; 7806/77, arrêt Strasbourg, 13 août 1981.

<sup>653</sup> Certains droits de l'homme ne sont pas pertinents lors de conflits armés, comme certains droits économiques, sociaux et culturels et certaines libertés civiles, comme le droit au mariage.

<sup>654</sup> MERON, Theodor, « On the inadequate reach of humanitarian and human rights law and the need for a new instrument », ..., p. 598

l'homme et du droit des conflits armés, est un phénomène qui recouvre des dimensions diverses et remplit des fonctions qui pourraient s'avérer être de nature différente, constitue la visée de ce troisième chapitre. Cette section a aussi pour ambition de confirmer ou d'infirmer l'hypothèse concernant l'introduction d'une hiérarchie ou d'une classification entre les normes indérogeables et celles qui ne sont pas auréolées de cette qualité. Eclaircir le concept de normes indérogeables pourrait mener à une application plus efficace et à un plus grand degré d'observation de celles-ci.

### ***B. Droit international des droits de l'homme et le concept d'indérogeabilité ou l'apparition d'un ensemble de droits et de libertés « plus » essentiel***

*« Human rights are the rights that human have simply because they are human beings and independent of the varying social circumstances. »*<sup>655</sup>

Le thème de l'indérogeabilité, tel qu'abordé dans le chapitre précédent, se concentre sur les rapports entre les normes indérogeables et les normes impératives de droit international général ou de *jus cogens*. Le chapitre précédent a tenté d'éclaircir les relations que ces concepts entretiennent entre eux au niveau juridique, tant du point de vue pratique que théorique. Il est ressorti que le couple *jus cogens*-indérogeabilité entretient des relations compliquées. Les notions d'indérogeabilité et de dérogation occupent une place toute particulière dans un domaine spécifique du droit international, à savoir le droit international des droits de l'homme. La majorité des traités internationaux en matière de protection des droits de la personne contiennent une clause dérogatoire, qui « autorise l'État partie à adopter unilatéralement des mesures dérogeant provisoirement à certaines obligations qui lui incombent en vertu du [traité concerné] », en soumettant « à la fois ces dérogations elles-mêmes et leurs conséquences matérielles à un régime de garanties bien précis ». <sup>656</sup> Ces dispositions incluent généralement une liste de droits qui n'admettent aucune dérogation et ceci, indépendamment des circonstances. Certains droits se voient donc octroyer un statut spécial: ces derniers doivent être absolument sauvegardés et doivent conserver leur force contraignante et leur valeur normative en tout temps et en tout lieu. Dans ce cadre, quelle est la signification de l'indérogeabilité et quelles fonctions remplit-elle? Peut-on la rapprocher de l'interdiction de déroger lorsque celle-ci est invoquée en lien avec les autres piliers ou la notion de droits de l'homme indérogeables représente-elle un concept autonome, avec des causes et des effets qui lui sont propres?

---

<sup>655</sup> SHESTACK, Jerome J., «The Philosophic Foundations of Human Rights», *Human Rights Quarterly*, vol. 20, 1998, p. 203

<sup>656</sup> *Observation Générale N°29, Dérogations pendant un Etat d'urgence (article 4)*, adoptée par le Comité à sa 150<sup>ème</sup> séance, le 24 juillet 2001, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 août 2001, § 1.

Il nous incombera au cours de ce chapitre de répondre aux interrogations posées ci-dessus et essayer d'appréhender de manière globale l'indérogeabilité dans le domaine des droits humains. L'objectif est d'exposer les fonctions assumées par l'indérogeabilité. Les droits de l'homme indérogeables se distinguent des autres droits, par une nature et des conséquences spécifiques, qu'il faudra présenter de manière précise. Dans un premier temps, afin d'identifier les droits qui ne tolèrent pas les dérogations, un examen détaillé des clauses dérogatoires incluses dans les traités internationaux sera entrepris: quelles sont les raisons qui expliquent leur présence, ou leur absence, et en quoi ces dispositions représentent-elles des mécanismes utiles à l'ordre juridique international? Nous traiterons d'autres techniques, telles que les limitations, les exceptions et la notion de suspension et tenteront de mettre en exergue les similitudes et les différences fondamentales existantes entre ces outils juridiques. Cet exercice permettra de saisir la dimension unique de l'indérogeabilité dans le domaine des droits de l'homme. (1) Par la suite, le thème des droits de l'homme indérogeables sera abordé, dans le but de comprendre pourquoi certains droits humains, et les obligations correspondantes à la charge des Etats, sont dotés d'un régime particulier. (2) La liste des droits indérogeables sont soumises à la même tendance d'extension, que les autres catégories de normes analysées dans ce travail: nous assistons à une multiplication de ce type de droits, sous l'impact des stratégies interprétatives adoptées par les instances internationales, ainsi que par une certaine frange de la doctrine. (3)

Une réflexion globale sur l'indérogeabilité et ses fonctions en droit international des droits de l'homme parachèvera ce chapitre. (4) Dans cette perspective, il faudra explorer la question de la nature exceptionnelle des droits de l'homme. Les droits de l'homme ont incontestablement changé les finalités du droit international et ont mené à une transformation, ou une évolution, du paradigme classique interétatique. L'Etat n'est plus cette boule de billard opaque dotée d'une souveraineté absolue: avec l'avènement de l'Organisation des Nations Unies, le droit international s'immisce dans des domaines relevant traditionnellement des compétences souveraines. L'émergence de l'individu, en tant que nouveau sujet de droit international, a elle aussi eu des conséquences sur le fonctionnement du système juridique international. Le droit international des droits de l'homme a connu un développement extrêmement rapide, notamment à la vue de l'accroissement du nombre de conventions internationales en la matière. Ces traités multilatéraux, qui ont été, pour la plupart, largement ratifiés, constituent un groupe à part au sein du large éventail d'accords internationaux. Il est vrai que ces derniers n'ont pas pour but de créer des droits et obligations subjectifs pour les Etats, mais visent la protection des individus se trouvant sur le territoire ou soumis à la juridiction d'un Etat partie. Dans cette perspective, les conventions

relatives à la protection des droits et libertés fondamentales impliquent certaines conséquences, qui ont des répercussions sur le phénomène d'indérogeabilité.

Nous tenterons de voir si la distinction entre droits de l'homme indérogeables et dérogeables impliquent nécessairement la création d'une hiérarchie et si l'indivisibilité si souvent proclamée de ce *corpus* est compatible avec l'existence d'un ensemble de droits générant un régime juridique différent. Les relations entre *jus cogens* et droits indérogeables seront également étudiées, avec un accent tout particulier sur l'interdépendance et l'interpénétration des concepts, tant au niveau théorique et doctrinal, qu'au plan des applications pratiques. Ceci permettra de faire référence au premier chapitre de la présente thèse, ainsi que d'explorer les diverses facettes fonctionnelles de l'indérogeabilité. Les droits humains indérogeables ne sont peut-être qu'une technique d'accommodation du droit aux réalités de la vie internationale, permettant de concilier des intérêts ponctuellement incompatibles. Cette fonction de rationalisation est primordiale pour la préservation d'un système juridique viable et basé sur la recherche d'un équilibre réaliste, mais ne présume pas de la mise en place d'une classification stricte fondée sur la force normative des règles concernées.

La problématique de l'indérogeabilité apparaît ici encore comme intimement liée à celle de l'émergence d'une communauté internationale de plus en plus unie, mais toujours dépendante de l'attitude des Etats, et de leur volonté réelle ou non, de respecter le droit international et poursuivre la réalisation de buts communs. Les questions de la dignité humaine et de la création d'une société universelle des êtres humains deviennent des problématiques centrales, sur lesquelles se penchent de nombreux internationalistes. L'indérogeabilité est ici également porteuse de cette vocation symbolique, en ce qu'elle véhicule certaines valeurs devant participer à une plus grande homogénéité et cohérence de ladite société. Les droits de l'homme ont favorisé une moralisation et une humanisation du droit international et des ses finalités, car l'idée même des droits de l'homme est fondée sur des considérations morales et éthiques. L'existence de droits de l'homme indérogeables constitue assurément une nouvelle limitation à l'autonomie et à la liberté des Etats, comme c'est le cas pour le *jus cogens*, mais il est important de découvrir si les Etats respectent effectivement de se soumettre au droit international ou si l'indérogeabilité ne représente que quelques lignes inscrites dans certaines conventions internationales sans aucune implication pratique. Le domaine des droits humains présente une indérogeabilité très spéciale, car celle-ci est exprimée de manière explicite dans des instruments, ce qui fait d'elle une indérogeabilité restreinte et encadrée par des conditions d'application strictes. Ceci constituera le sujet de la section conclusive. (5)

## Introduction

« Without any doubt, international recognition and protection of human rights has been one of the supreme achievements of the contemporary history. »<sup>657</sup>

L'objectif de cette partie introductive n'est pas tant de procéder à une répétition de ce qui a déjà été énoncé relativement au droit international des droits de l'homme, mais de saisir en quoi les spécificités de cette branche juridique permettent d'expliquer l'existence de certains droits de l'homme indérogeables. Soulignons d'emblée, que bien que nous parlons de « droits » indérogeables, il serait plus correct néanmoins de traiter de la question d'obligations non-sujettes aux dérogations. Comme déjà apprécié, les individus se sont vus octroyer une place toujours plus importante au sein de l'ordre juridique international et sont aujourd'hui devenus des sujets du droit international. Toutefois, la mise en œuvre et l'application concrète des règles de droit demeurent l'apanage des Etats. Ces derniers se lient au niveau international et, bien que d'autres sujets soient détenteurs de droits et d'obligations, les Etats restent les principaux « exécutants » des normes internationales. Il revient donc aux Etats souverains de respecter le caractère absolu de certains droits de l'homme, dans le sens où ils ne peuvent se soustraire temporairement, et ceci dans aucune circonstance, aux obligations contractées, obligations conférant aux individus certains droits et libertés fondamentales. La possibilité ou l'interdiction de dérogation portent en réalité sur l'exécution de l'obligation et n'affectent en rien la substance du droit concerné.

L'indérogeabilité ne peut être étudiée indépendamment du contexte où elle opère et ne peut être comprise, sans saisir les particularités des domaines concernés, ainsi que l'évolution qu'a subi, et continue de subir, le système international au cours des XX<sup>ème</sup> et XXI<sup>ème</sup> siècles.

« It is thus not surprising to find in the evolution of international law increasingly concerned with the fate of the human person and of humankind as a whole, the constant presence of the expression of basic considerations of humanity. This has, in turn, contributed to expanding and enriching its corpus juris. »<sup>658</sup>

Comprendre la nature profonde des droits de l'homme permettra par la suite de clarifier les raisons et les motifs qui expliquent le degré de protection accordée à un droit, la nature des dérogations ou des limitations permises, la priorité qui pourrait être octroyée à un droit par rapport à un autre et la question de la hiérarchie entre les droits de l'homme.

---

<sup>657</sup> « Conclusions and recommandations of the Special Rapporteur », in PREMONT, Daniel, STENERSEN, Christian, OSEREDCZUK, Isabelle, (Eds.), *Droits Intangibles et Etats d'Exception*, Bruxelles, Organisation Internationale et Relations Internationales n°36, Association de Consultants Internationaux en droits de l'homme, Bruylant, 1996, p. 557

<sup>658</sup> CANCADO, TRINDADE, Antonio, Augusto, «International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium (II), General Course on Public International Law», *RCADI*, vol. 317, 2005, p. 20

Les droits de l'homme constituent un domaine relativement nouveau du droit international et ne font réellement leur apparition sur la scène internationale qu'après la Deuxième Guerre mondiale.<sup>659</sup> Le postulat, selon lequel la personne humaine possède des droits, qui sont opposables, en premier lieu à l'encontre de l'Etat dont elle relève, marqua une césure et rompit ainsi avec la conception classique westphalienne du droit international, à savoir un droit régissant principalement les rapports entre les Etats. Il est vrai que la société internationale a tenté, et ceci avant 1945, de réguler certains aspects de la relation entre les individus et les Etats, notamment avec la mise en place de garanties au profit de certaines minorités dans les années 1920, la protection des droits des travailleurs, avec la création de l'Organisation internationale du travail ou encore avec l'institution ancienne de la protection diplomatique, mais ce n'est qu'avec la *Charte des Nations Unies*, que la protection et la promotion des droits de l'homme deviennent des objectifs primordiaux de la nouvelle organisation mondiale.<sup>660</sup> Le monde, meurtri par les ravages et les horreurs de la guerre, décida de se doter de mécanismes visant la protection de l'être humain. La manière dont les hommes et les femmes seront traités à l'avenir concerne désormais l'ensemble de la communauté internationale.

Dès lors, le droit international connaît un développement de plus en plus orienté vers « *la destinée de l'être humain et de l'humanité* ». <sup>661</sup> Plusieurs dizaines de conventions internationales, tant au niveau universel que régional, sont adoptées: ces dernières concrétisent la réalité juridique des droits de l'homme et mettent en place plusieurs organes et institutions de contrôle et de promotion.<sup>662</sup> L'introduction, par la Cour internationale de Justice, de la notion de considérations d'humanité a eu et continue d'avoir un impact fondamental sur l'évolution du droit international, aussi bien au sein des nouveaux domaines de régulation, que des branches plus classiques.<sup>663</sup> Rappelons que de tous temps, et ceci déjà depuis les Antiquités grecques et romaines, il a été assumé que l'être humain est doté de certains droits « naturels » inhérents à sa condition, attributs nécessaires d'une vie digne, qui doivent être immunisés contre les intrusions des autorités. La

---

<sup>659</sup> Droits de l'homme, droits de la personne humaine ou droits humains seront employés indifféremment.

<sup>660</sup> Articles 1(3), 55, 56 de la *Charte des Nations Unies*

<sup>661</sup> CANCADO, TRINDADE, Antonio, Augusto, «International Law for Humankind...», p. 20

<sup>662</sup> Voir <http://www2.ohchr.org/french/law/>, pour une liste des conventions universelles en matière de droits de l'homme, consulté le 6 août 2009.

<sup>663</sup> *Affaire du Déroit de Corfou*, Royaume-Uni v. Albanie, Recueil C.I.J 1949, Fond, arrêt du 9 avril 1949, p. 22. La notion d'humanité apparaît dans de nombreux domaines, anciens et nouveaux, du droit international, notamment en droit de l'environnement, dans la régulation des espaces et des territoires, en droit international humanitaire. D'ailleurs, l'expression « considérations élémentaires d'humanité » a été maintes fois réitérée dans la jurisprudence. Voir entre autres, *Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du Sud de l'Afrique*, « Sentence Arbitrale « Naulilaa », Portugal v. Allemagne, 31 juillet 1928, R.S.A, vol. II, p. 1026; *Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Nicaragua v. Etats-Unis d'Amérique, Recueil C.I.J 1986, fond, arrêt du 27 juin 1986, § 218; *Le Procureur v. Anto Furundzija*, Affaire IT-95-17/1-T, Chambre de Première Instance, TPIY, jugement du 10 décembre 1998, § 137.

protection et le maintien des droits de l'homme deviennent officiellement une des missions principales des gouvernements, le pouvoir, au sens démocratique du terme, n'étant légitime que s'il tend à défendre les libertés fondamentales.<sup>664</sup>

Les droits de la personne humaine ont longtemps été perçus comme issus d'une source divine: les hommes, ayant été créés par Dieu et façonnés à son image, en plus d'être égaux, sont auréolés d'un caractère sacré. Il existe par conséquent une humanité commune et, de celle-ci découlent certains droits universels. Puisque ces droits dérivent d'une origine divine, loi supérieure à celle édictée par les Etats et par les hommes, ils ont la particularité d'être inaliénables et immuables.<sup>665</sup> Toutefois, la religion a toujours imposé des limitations strictes aux libertés individuelles et certaines pratiques religieuses, anciennes ou contemporaines, s'opposent à la conception généralement acceptée des droits de l'homme, notamment à l'égard des femmes ou des non-croyants, d'où nos difficultés à considérer la religion comme la base unique des droits de l'homme.<sup>666</sup> Toutefois, les droits de l'homme restent fortement imprégnés par des considérations d'ordre moral: ces normes visent à défendre un minimum éthique devant garantir à tout individu une vie digne.

Certains philosophes et juristes appartenant à l'école du droit naturel considéraient qu'il existait un ensemble juridique supérieur conférant des droits immuables aux être humains.<sup>667</sup> L'approche jusnaturaliste a logiquement mené au développement de la théorie des droits naturels, théorie qui est relativement proche de la conception contemporaine des droits de l'homme. John Locke développa l'idée qu'en acceptant d'entrer dans le contrat social et, de ce fait, de créer un corps politique, les hommes renonçaient à certains de leurs droits, mais gardaient leurs droits naturels et fondamentaux à la vie, à la liberté et à la propriété. Le gouvernement, selon Locke, avait l'obligation de protéger ces droits en tant que principes universels, inaliénables, absolus et moralement nécessaires, et dans le cas contraire, il manquait à son devoir de souverain.<sup>668</sup> Soulignons que l'idée que ces droits naturels puissent être limités par les libertés des autres et par les nécessités de la vie en communauté sous-tendait déjà la réflexion des penseurs. Cette approche constitua une première conception relative à l'existence de droits fondamentaux. Son principal

---

<sup>664</sup> Pour un historique du développement du droit international des droits de l'homme, voir BURGERS, Jan Herman, «The Road to San Francisco: The Revival of the Human Rights Idea in the Twentieth Century», *Human Rights Quarterly*, vol. 14, 1992, pp. 447-477

<sup>665</sup> MEYER-BISCH, Patrice, *Le corps des droits de l'homme : l'indivisibilité comme principe d'interprétation et de mise en œuvre des droits de l'homme*, Fribourg, Editions Universitaires, 1993, p. 74.

<sup>666</sup> Par exemple, Saint-Augustin n'était pas opposé à l'institution de l'esclavage.

<sup>667</sup> St-Thomas d'Aquin affirma en son temps que la loi naturelle confère certains droits immuables aux individus, ceux-ci étant une partie du droit divin, SAINT-THOMAS D'AQUIN, *Summa Theologica*, Livre II, pt. II, 1475

<sup>668</sup> LOCKE, John, *Traité du gouvernement civil*, 2<sup>ème</sup> Edition, Paris, Flammarion, 1992, 381 p.

problème est qu'elle n'offre aucun éclaircissement sur les raisons de l'appartenance de ces droits et libertés au droit naturel. Les raisons de leur indérogeabilité ne furent jamais clairement explicitées.

La thèse jusnaturaliste fut insérée dans les Déclarations américaine de 1776 et française de 1789 et fut reprise par la *Charte des Nations Unies*. La *Déclaration Universelle des droits de l'homme* de 1948 et le Préambule des deux *Pactes des Nations Unies de 1996* affirment le caractère « naturel » et imprescriptible des droits de l'homme. Tout être humain possède des droits, car il est un être rationnel, social et moral. Comme le souligna Louis Sohn, il est fondamental de distinguer entre ces droits « inaliénables, universels et permanents » et les droits conférés par le droit positif. Les diverses conventions en matière de droits de l'homme constituent en définitive une tentative plus ou moins réussie d'accommoder la naturalité des droits avec la réalité des relations internationales et les intérêts des Etats. Les dispositions relatives aux possibilités de limiter les droits, ou y déroger en temps de crise, en sont une illustration.<sup>669</sup> Le droit international d'après-guerre voit bel et bien un retour du droit naturel, avec la proclamation des droits de l'homme et de sa dignité et de la recherche de valeurs universelles, mais celles-ci sont concomitantes avec l'affirmation des droits fondamentaux et naturels de l'Etat.

« (...) le droit de la société universelle, qui définit le statut fondamental de l'homme au sein des différentes unités politiques qu'il a constituées, et le droit de la société des Etats souverains, qui régit les relations entre ces unités. »<sup>670</sup>

Notons l'existence d'une doctrine alternative à celle des droits naturels, à savoir l'approche basée sur la justice sociale, qui considère les droits de l'homme comme des « *entitlements to the satisfaction of various human interests that would be guaranteed to members of a group by rawlsian principles of social justice* ». <sup>671</sup> Cette conception permet d'expliquer les droits de l'homme par l'intermédiaire d'autres facteurs que les notions d'humanité et de dignité et intègre des considérations externes, comme la culture ou le développement économique. La source des droits de l'homme n'est plus la nature de l'homme, mais un besoin évident de justice sociale. Selon Rawls, la justice est la première vertu des institutions de la société et les droits de l'homme sont à la fois un outil et un objectif de cette justice, qui fut établie par des êtres rationnels formant le contrat social.

---

<sup>669</sup> SOHN, Louis B., « The new International Law: Protection of the rights of Individuals Rather than States », *The American University Law Review*, vol. 32, 1982-1983, pp. 16-17 Selon l'approche positiviste, les droits de l'homme ne sont que des contrats conclus entre l'Etat et sa population, contrats dont la force juridiquement contraignante est basée sur la volonté des Etats.

<sup>670</sup> Michel Virally, cité par Olivier de Frouville, in DE FROUVILLE, Olivier, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international...*, p. 48

<sup>671</sup> DONNELLY, Jack, « Human Rights as Natural Rights », *Human Rights Quarterly*, vol. 4, 1982, p. 401

« *Each person possesses an inviolability founded on justice that even the welfare of the society as a whole can not override (...). Therefore, in a just society the liberties of equal citizenship are taken as settled; the rights secured by justice are not subject to political bargaining or the calculus of social interests.* »<sup>672</sup>

Rawls entreprit de classer les droits visant à la réalisation de la justice en deux ensembles: d'une part, ceux relevant du principe de liberté: « *Each person is to have an equal right to the most extensive system of equal basic liberties compatible with a similar system of liberty for all...* »;<sup>673</sup> et d'autre part, les droits liés au principe de justice distributive: « *...social and economic inequalities are to be arranged so they are both to the greatest benefit of the last advantaged, consistent with a just savings principle and attached to positions and offices open to all under condition of fair equality of opportunity* » (égalité).<sup>674</sup> Cette théorie fournit une explication au caractère indérogeable ou absolu de droits économiques ou sociaux, comme par exemple le droit au travail ou à l'éducation.<sup>675</sup> Ces droits ne sont probablement pas consubstantiels à la nature de l'homme, mais lui sont nécessaires, afin de mener une vie digne.

Il est certain que les théories, qu'elles soient basées sur le besoin de justice, sur la notion de dignité humaine ou sur des considérations d'utilité, et ceci indépendamment de leurs lacunes et leurs faiblesses analytiques, cherchent à développer des principes dans le but de protéger l'être humain. Comme l'a affirmé Kant, l'individu est un sujet transcendantal, doté d'une volonté autonome, et l'objectif principal de tout Etat est de promouvoir les conditions favorisant au maximum le libre développement de cette individualité. D'où certaines limites imposées aux actions entreprises par les autorités et l'édification d'un noyau intangible et indérogeable de droits, perçus comme préexistants à l'ordre juridique.

Les droits de l'homme ont acquis certains traits et caractéristiques propres, qui entraînent des conséquences spécifiques au sein de l'ordre juridique international.

« 5. Tous les droits de l'homme sont **universels, indissociables, interdépendants** et intimement liés. La communauté internationale doit traiter des droits de l'homme globalement, de manière équitable et équilibrée, sur un pied d'égalité et en leur accordant la même importance. S'il convient de ne pas perdre de vue l'importance des particularismes nationaux et régionaux et la diversité historique, culturelle et religieuse, il est du devoir des Etats, quel qu'en soit le système politique, économique

---

<sup>672</sup> RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Cambridge Mass: The Belknap Press of Harvard University Press, 2005 Collation, §1

<sup>673</sup> A savoir, les libertés fondamentales dont doivent bénéficier tous les citoyens de manière égale au sein d'une société juste: liberté politique, d'expression, de pensée, de réunion, d'expression, droit de ne pas être arrêté ou détenu arbitrairement.

<sup>674</sup> SHELTON, Dinah, « Are there Differentiations among Human Rights? Jus Cogens, Core, Human Rights, Obligations Erga Omnes and Non-Derogability », in *The Status of International Treaties on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2006, pp. 176-177

<sup>675</sup> RAWLS, John, *A Theory of Justice*,..., §§ 43-44.

*et culturel, de promouvoir et de protéger tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales.* »<sup>676</sup>

Premièrement, les droits de l'homme sont des droits consubstantiels à la personne humaine, ils sont l'expression directe de sa dignité. Chaque individu détient certains droits, uniquement en raison du fait qu'il est un être humain, et non parce qu'il est un étranger au sein d'un Etat, ou parce qu'il est revêtu d'un certain statut. Les droits de l'homme existent alors en tant que « *données inhérentes à la personne humaine et non comme le produit de nouvelles règles de droit codifiées dans les traités internationaux* ». <sup>677</sup> Les Etats ne peuvent donc pas retirer un droit à un individu, une fois qu'ils lui ont octroyé et dans ce sens, ces droits sont inaliénables et irréversibles. <sup>678</sup> L'existence des droits de l'homme ne dépendent pas de leur acceptation par les sujets de droit: ils ne sont pas créés, mais uniquement déclarés dans un acte de reconnaissance.

*« [The] human person possess[es] rights because of the very fact that it is a person, a whole, a master of itself, (...) by virtue of natural law the human person has the right to be respected, is the subject of rights, possesses rights. There are things which are owed to a man because of the fact that he is a man. »* <sup>679</sup>

Cette sorte de supra-positivité des droits de l'homme peut être, soit accordée à l'ensemble du *corpus* juridique, soit uniquement à quelques droits les plus fondamentaux. Ces derniers seraient dotés d'une normativité renforcée, voire même supérieure, et lieraient tous les sujets. Les parties suivantes vérifieront l'existence ou l'absence d'une hiérarchie juridique entre les droits de l'homme et savoir sur quels critères celle-ci peut être établie.

De ce caractère inhérent découle l'intangibilité des droits. Les droits de l'homme sont hors d'atteinte de la volonté des sujets, à savoir qu'ils ne peuvent être totalement détruits: leur substance et leur noyau doivent être maintenus. Comme clarifié dans la section introductive, intangibilité ne signifie pas indérogeabilité, les droits humains et les libertés fondamentales peuvent être limités ou suspendus sous certaines conditions; intangibilité n'est également pas synonyme d'éternité ou d'immutabilité, les droits de l'homme sont une catégorie juridique dynamique, de nouveaux droits apparaissant en fonction des nouveaux besoins de la société internationale et des individus. Il paraît utile à ce stade de procéder à une précision terminologique. La notion de droits intangibles reste un concept assez flou et ambigu, qui exige d'être précisé.

---

<sup>676</sup> *Déclaration et Programme d'Action de Vienne, Conférence Mondiale sur les droits de l'homme, 14-25 juin 1993, A/CONF/157/23, 12 juillet 1993, § 5*

<sup>677</sup> MOSLER, Hermann, «The International Society as a Legal Community», *RCADI*, vol. 140, 1974-IV, p. 75

<sup>678</sup> « *The concept of inalienable rights, which is found in domestic constitutional law, including American constitutional standards, expresses a position of the rights of the individual that has its roots in legal philosophy. Accordingly, man is created with certain inalienable rights, which may not be infringed upon by any government or sovereign ruler.* », RAMCHARAN, Bertrand G., (Ed.), *The Right to life in international law*, Dordrecht/Boston, Martinus Nijhoff, 1985, p. 133. Voir *supra*, chapitre introductif, **I. A. 4. c. ii.**

<sup>679</sup> MARITAIN, Jacques, *Les droits de l'homme et la loi naturelle*, Paris, P. Hartmann, 1945, p. 65

Certains auteurs emploient le terme de droit intangible pour désigner un droit absolu, applicable sans aucune restriction, dérogation, exception ou limitation quelle qu'elle soit. Il s'agirait d'un ensemble normatif très limité.

Par conséquent, il faut différencier entre d'une part, l'intangibilité des droits de l'homme en général, à savoir que tout droit comporte un noyau irréductible, un minimum incompressible, qui ne peut être annihilé: l'intangibilité impose une limite ultime, en-deçà de laquelle nulle limitation n'est permise, car elle porterait atteinte à l'essence et à la substance du droit en question et affecterait le seuil minimal de dignité humaine requis;<sup>680</sup> et d'autre part, la dimension intangible d'un droit en particulier, droit absolu, illimitable et indérogeable, non-sujet aux réserves et qui ne peut être altéré par un acte de dénonciation ou une situation de succession d'Etat. Ces caractéristiques lui sont octroyées conventionnellement, mais sont généralement sous-tendues par des considérations d'ordre moral et philosophique.<sup>681</sup>

*« A right is absolute when it cannot be overridden in any circumstances, can never be justifiably infringed and must be fulfilled without any exception. »*<sup>682</sup>

La catégorie des droits intangibles est donc plus restreinte que celle des droits indérogeables; elle est, dans une certaine mesure, assimilable à un plafond normatif. Les droits indérogeables constituent quant à eux un ensemble qui varie, selon l'époque et le lieu, et qui répond assurément à d'autres critères d'identification. En définitive, peu importe que le droit soit intangible ou non, indérogeable ou dérogeable, sujet ou non à des restrictions, chaque droit possède un minimum qui ne peut être violé, auquel il est interdit de porter atteinte, car celui-ci est inhérent à la nature et à la

---

<sup>680</sup> MEYER-BISCH, Patrice, « Le problème des délimitations du noyau intangible des droits et d'un droit de l'homme », in MEYER-BISCH, Patrice, (Ed.), *Le noyau intangible des droits de l'homme : actes du VII<sup>ème</sup> Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme*, Fribourg, Editions Universitaires, 1991, pp. 97-120

Voir la Constitution allemande du 23 mai 1949, qui énonce à son article 19, alinéa 2 : « *En aucun cas, il ne peut être prévu de limitations telles que la liberté en cause perde toute substance.* » Et la Constitution fédérale de la Confédération suisse, article 36, alinéa 4: Restriction des droits fondamentaux ; « *4. L'essence des droits fondamentaux est inviolable.* » En conséquence, toute restriction à un droit est non-constitutionnelle, si elle porte atteinte au noyau intangible essentiel de ce dernier.

<sup>681</sup> SUDRE, Frédéric, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux: y'a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'homme », in *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LG.D.J., 1995, pp. 381-398. Sudre établit que chaque catégorie de droits sera soumise à un régime juridique propre: les droits intangibles ou absolus; les droits indérogeables, mais limitables; les droits non-limitables mais dérogeables; et les droits limitables et dérogeables ou droits conditionnels. La partie suivante reviendra sur la distinction entre ces catégories.

<sup>682</sup> GEWIRTH, Alex, « Are there any absolute rights? », *The Philosophical Quarterly*, vol. 31, 1981, p. 12

Et : « *La définition d'un noyau intangible permet ainsi la mise en place d'un espace non-susceptible de dérogation conventionnelle par les Etats – même en cas de circonstances exceptionnelles – ces droits constituant une sorte d'absolu pour l'humanité, d'idéal commun à atteindre par les peuples et toutes les Nations, car exprimant une volonté supérieure aux Etats. Elle définit cette limite naturelle de la souveraineté de l'Etat constituée par la sphère d'application des droits de l'homme.* », KATZ, Christian, « Pour la proclamation par la communauté internationale d'un noyau intangible des droits de l'homme », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, Octobre 1996, Année 7, vol. 28, p. 544. II. L'auteur confond droits indérogeables, inaliénables et normes de *jus cogens*, mais néanmoins cette citation est applicable aux droits intangibles et absolus.

dignité humaines; et, c'est dans ce sens qu'il faut comprendre l'intangibilité des droits de l'homme.

La *Proclamation de Téhéran* affirma le caractère indivisible des droits de l'homme, à son paragraphe 13:

« *Les droits de l'homme et les libertés fondamentales étant indivisibles, la jouissance complète des droits civils et politiques est impossible sans celle des droits économiques, sociaux et culturels. Les progrès durables dans la voie de l'application des droits de l'homme supposent une politique nationale et internationale rationnelle et efficace de développement économique et social (...)* »<sup>683</sup>

Ultérieurement, nous nous interrogerons sur la compatibilité entre l'indivisibilité et l'interdépendance entre les différentes générations et types de droits et la possible hiérarchie pouvant exister entre ces derniers. Cette indivisibilité a été réitérée dans de nombreux textes et déclarations, comme la Résolution 32/130 de l'Assemblée générale des Nations Unies :

« (...) *Profondément convaincue que tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales sont intimement liés et indivisibles...* »<sup>684</sup>

L'intégrité de la dignité humaine devrait logiquement impliquer l'unité et l'indivisibilité des droits de l'homme: en théorie, ces derniers sont censés être égaux, tant au niveau de leur valeur normative, que de leur puissance morale. Toutefois, certaines typologies ont été élaborées et ceci, en raison de la pratique qui accorde une priorité à certains droits dans des situations spécifiques. Elles sont notamment fondées sur la nature des droits (immédiats ou programmatoires), sur la catégorie à laquelle ils appartiennent (première, deuxième ou troisième génération), sur le ou les titulaires des droits (individuels ou collectifs) ou encore, sur le caractère positif ou négatif du droit et des obligations correspondantes (obligations de l'Etat: droits-créances ou droits-attributs). Les principes d'indivisibilité et d'interdépendance doivent être d'abord conçus comme des méthodes d'interprétation, qui permettent de concilier les droits, afin de leur donner un maximum d'effet.<sup>685</sup>

L'approche dominante conçoit le droit international des droits de l'homme comme un système uni, où chaque droit représente un aspect de la dignité humaine, droit qu'il faut « *interpréter en fonction de tous les autres et qui est lui-même un principe d'interprétation de tous les autres*

---

<sup>683</sup> *Proclamation de Téhéran, l'Acte final de la Conférence internationale des droits de l'homme*, Téhéran, du 22 avril au 13 mai 1968, U.N. Doc. A/CONF. 32/41 à 3 (1968).

<sup>684</sup> *Résolution 32/130* du 16 décembre 1977, *Autres méthodes et moyens qui s'offrent dans le cadre des organismes des Nations Unies pour mieux assurer la jouissance effective des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Assemblée Générale des Nations Unies; *Déclaration sur le droit au développement*, adoptée par l'Assemblée générale dans sa *Résolution 41/128* du 4 décembre 1986, article 6; également, la *Résolution 60/251* de l'Assemblée générale du 8 mai 2006, Conseil des droits de l'homme, adoptée à la soixantième session

<sup>685</sup> MAIA, Catherine, « De la signification des clauses de non-dérogação en matière d'identification des droits de l'homme impératifs », in BEN ACHOUR Rafâa, LAGHAMI, Slim, (Dir.), *Les Droits de l'Homme: Une nouvelle cohérence pour le droit international?*, Paris, Pedone, 2008, p. 49

droits ». <sup>686</sup> Chaque droit conditionnerait le respect des autres et cette égalité de valeur présumée empêcherait *a priori* toute hiérarchie. Mais que faire alors en cas de conflit entre deux droits? Dans cette perspective, l'existence de droits indérogeables tend à s'opposer à l'approche qui considère que tous les droits de l'homme se trouvent sur un pied d'égalité. Certains droits seraient plus fondamentaux et leur observation serait un pré-requis à la jouissance de tous les autres.

La question de l'universalité des droits de la personne humaine constitue une problématique qui sera abordée au cours du chapitre, <sup>687</sup> mais quelques réflexions introductives s'imposent à ce stade. La nature universelle des droits de l'homme est énoncée à l'article 55 de la *Charte des Nations Unies*, qui stipule que les Etats membres « *favoriseront le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales, sans distinction de race, sexe, de langue ou de religion* ». Cet article trouve son prolongement naturel dans la *Déclaration Universelle* de 1948 et dans la majorité des conventions en la matière adoptées par la suite. <sup>688</sup> Le principe d'universalité fut réitéré avec vigueur lors de la Conférence de Vienne pour les droits de l'homme, dans sa déclaration du 25 juin 1993. Les droits de l'homme appartiennent à tous les hommes sans distinction aucune et sont valables en tout temps et en tout lieu, car ils correspondent à la substance de la dignité humaine dans son intégralité. Toutefois, l'universalité des droits de l'homme doit être adaptée, afin de prendre en compte les spécificités de chaque Etat, de chaque région et de chaque civilisation, tout en affirmant l'aspect transcendantal des valeurs communes à l'humanité.

Des divergences d'opinions et des controverses sont apparues relativement à l'importance devant être accordée à certains droits de l'homme. De nombreuses voix affirment qu'il n'existe pas de droits absolus et universels et que ceux-ci varient en fonction des cultures, des systèmes politiques, sociaux et moraux. Il a été soutenu que les droits économiques, sociaux et culturels ne répondent pas dans leur ensemble à cette exigence d'universalité. <sup>689</sup> Ceci peut être vérifié par la réticence de quelques Etats, notamment les Etats-Unis, à ratifier le *Pacte international relatif aux droits, économiques, sociaux et culturels*. Chaque Etat est légitimé à posséder sa propre compréhension

---

<sup>686</sup> MEYER-BISCH, Patrice, « Méthodologie pour une présentation systémique des droits humains », in BRIBOSIA, Emmanuelle, HENNEBEL, Ludovic, (Dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 53

<sup>687</sup> Voir *infra* partie III. B. 2. a. ii.

<sup>688</sup> *Déclaration universelle des droits de l'homme*, 10 décembre 1948, article 2 : « 1. Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.

2. De plus, il ne sera fait aucune distinction fondée sur le statut politique, juridique ou international du pays ou du territoire dont une personne est ressortissante, que ce pays ou territoire soit indépendant, sous tutelle, non autonome ou soumis à une limitation quelconque de souveraineté. »

<sup>689</sup> DONNELLY, Jack, « Human Rights as Natural Rights », ..., p. 397

des droits de l'homme, mais les conventions auxquelles ces derniers sont parties doivent néanmoins être interprétées au regard des règles normales d'interprétation des traités.<sup>690</sup> Ce relativisme se reflète également dans les listes de droits indérogeables, qui ne sont pas similaires, selon les instruments internationaux, universels et régionaux. Il sera nécessaire de comprendre, si ces différences sont dues à des facteurs culturels et civilisationnels ou si d'autres causes expliquent cette indérogeabilité variable.

La seconde moitié du XX<sup>ème</sup> siècle fut caractérisée par une volonté de consacrer et de codifier les droits de l'homme sur le plan international. Dans cet effort collectif, une réflexion va être entreprise relativement à la mise en place de barrières infranchissables, de limites irréductibles en matière de droits de l'homme, sous la forme d'un noyau minimal de droits intangibles. La Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales fut le premier document international contraignant à inclure une liste de droits indérogeables, garanties minimales de la dignité humaine. Par conséquent, pour saisir les justifications sous-tendant l'existence de cette catégorie de droits, ainsi que les implications qui en découlent, il sera procédé, dans un premier temps, à une analyse de clauses dérogoires, insérées dans la majorité des instruments internationaux, ces dernières énumérant les droits indérogeables de manière explicite.

### **1. Distinction entre les diverses catégories de droits de l'homme au sein des conventions internationales**

Les Etats ont délibérément choisi d'introduire, dans les conventions en matière de protection des droits de la personne, une disposition leur octroyant un pouvoir de dérogation, tout en acceptant de circonscrire cette compétence par des conditions strictes. L'une de ces limites est la présence de certains droits, qui ne peuvent être suspendus par les Etats, et ceci indépendamment des circonstances. Il nous incombe d'examiner avec soin, notamment avec l'aide d'une jurisprudence qui s'est progressivement développée, les dispositions conventionnelles relatives au droit de dérogation, afin de définir les critères qui servent à identifier quels sont les droits de l'homme qui échappent à cette compétence. **(Partie 2)** Une étude précise des différents textes internationaux, universels et régionaux, sera utile pour appréhender les fonctions, le champ d'application et les conditions de mise en œuvre des mécanismes dérogoires. **(a. i. et ii.)** D'autres techniques permettent aux Etats de moduler et d'accommoder leurs engagements, limitations, suspensions, exceptions: nous entreprendrons une analyse comparative de ceux-ci, afin de mettre en lumière les particularités des dérogoires. **(a. iii.)** Ensuite, nous tenterons d'interpréter la signification de

---

<sup>690</sup> TOMUSCHAT, Christian, « Human Rights in a Worldwide Framework: some Current Issues », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1985, vol. 45, p. 547

l'absence de clause dérogatoire dans certaines conventions. Notre lecture permettra de confirmer ou d'infirmar l'hypothèse, selon laquelle les conditions devant être réunies pour déclencher le mécanisme des dérogations relèveraient du droit conventionnel, et lieraient par conséquent exclusivement les Etats parties au régime concerné. **(b)** La dernière section de ce chapitre s'évertuera à souligner la nature spécifique de la clause dérogatoire, par une brève intrusion dans le droit des traités et le droit de la responsabilité internationale des Etats.

### a. Le mécanisme dérogatoire

« *All human laws have been so adjusted that in case of dire necessity they are not binding.* »<sup>691</sup>

#### i. Définition et justifications

Une clause dérogatoire peut être définie comme une :

« (...) variété de clauses de sauvegarde, qui permet de suspendre temporairement ou définitivement, soit l'ensemble des obligations assumées, soit, le plus souvent, certaines d'entre elles seulement, ou bien encore de rendre applicable un système alternatif d'obligations moins contraignant que celui qui s'applique normalement, lorsque se présentent certaines circonstances plus ou moins précisément définies qui justifient le recours à cette possibilité. »<sup>692</sup>

Le droit de dérogation reconnu aux Etats parties à un traité international n'a rien d'exceptionnel. Il existe dans les conventions sur le droit de la mer, les accords économiques ou commerciaux, lesquels autorisent les Etats à se libérer totalement ou partiellement de leurs obligations.<sup>693</sup> De plus, le droit constitutionnel de la quasi-totalité des Etats prévoit la possibilité pour le gouvernement, après avoir déclaré l'état d'urgence, de limiter ou suspendre l'exercice plein des libertés au nom du maintien du bien-être général, en prenant des mesures d'exception, avec ou sans le consentement du parlement.<sup>694</sup> Notons que l'origine historique de l'état d'urgence remonte

---

<sup>691</sup> GROTIUS, Hugo, *De jure belli ac pacis*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, Nova Edition 1925

<sup>692</sup> VIRALLY, Michel, *Les clauses échappatoires en matière d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 14-15. Et : « (...) derogation clauses are provided for crisis situations in order to enable States, when confronted with such situations, to loosen the stronghold of their obligations without running the risk of their membership of the community of States parties being called into question. », *Etude sur les conséquences pour les droits de l'homme des situations dites d'état de siège ou d'exception*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1982/15, trente-cinquième session, 27 juillet 1982 présentée par le Rapporteur spécial, Mme Nicole Questiaux, § 37, p. 1. « Autorisation incluse dans une disposition conventionnelle, qui permet aux Etats de se libérer totalement ou partiellement de ses obligations contractées en vertu de ladite convention, le plus souvent à titre provisoire. », ERGEC, Rusen, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles: étude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, E. Bruylant, Editions de l'Université, 1987, p. 16 ; « Se dit d'une situation où une licence est laissée aux parties contractantes d'exclure l'application d'une norme conventionnelle dans certaines hypothèses prévues à l'avance. », CORNU, Gérard, (Dir.), *Vocabulaire Juridique*, 8<sup>ème</sup> Edition, Paris, Presses Universitaires de France, 2007, p. 32

<sup>693</sup> Article 5 de la Convention de Londres de 1972 sur la prévention de la pollution maritime par l'immersion de déchets ou autres matières; articles 11 à 13 de la Convention sur le commerce en transit des pays enclavés; articles XX et XXI des Accords du GATT. De plus, les Conventions de l'OIT comportent des clauses dérogatoires en cas de guerre ou de situation d'urgence.

<sup>694</sup> Constitution américaine, article I§9, al. 2: « Le Congrès peut suspendre le droit d'habeas corpus en cas de rébellion ou d'invasion menaçant la sécurité de la Nation. » Relativement aux Etats possédant un système de common

à l'Antiquité romaine: en effet, la loi permettait la nomination d'un dictateur dans des circonstances exceptionnelles, en cas d'agression armée externe ou de rébellion interne.<sup>695</sup> Irène Daes note avec pertinence que la capacité de limiter les droits et libertés fondamentales existait également dans les lois des cités grecques. Ces restrictions visaient le respect de la liberté des autres sujets de l'ordre juridique, ainsi que le principe d'égalité.<sup>696</sup>

« *States of emergency, which concentrate power in the executive and sacrifice the rights and liberties of the individual for the sake of the nation, present the gravest challenge to human rights theoreticians and enforcement bodies.* »<sup>697</sup>

Les dispositions dérogatoires des conventions internationales répondent à cette même nécessité et transposent les principes de droit interne dans la sphère juridique internationale.<sup>698</sup> Les diverses clauses incluses dans les traités relatifs à la protection des droits de l'homme autorisent les Etats à ne pas remplir certaines de leurs obligations dans des situations d'urgence. Les crises, que peuvent traverser les Etats, constituent une menace à la jouissance des droits de l'homme. En effet, les gouvernements tentent souvent d'utiliser ces situations de tension extrême pour réduire, voire supprimer, les libertés individuelles. En outre, les droits de l'homme ne peuvent trouver pleinement application que dans un environnement, où l'ordre public et le bon fonctionnement des institutions sont assurés. Il est du devoir des Etats de garantir l'exercice effectif des droits et des libertés fondamentales, mais les autorités doivent également veiller à la survie de la nation, ainsi qu'à la sécurité des citoyens et à la préservation des bases de la société.

---

*law* comme le Royaume-Uni, la loi confère des pouvoirs d'exception à l'exécutif. La loi martiale, l'état de siège, l'état de guerre, les mesures de sécurité, voilà quelques-unes des institutions que le droit constitutionnel a prévues — sous ces dénominations ou sous d'autres — pour répondre aux situations d'exception. Voir, pour une énumération des lois d'exception, *States of emergency: their impact on human rights: a study prepared by the International Commission of Jurists*, Geneva, ICJ, 1983, reproduit dans *Human Rights Quarterly*, vol. 6, 1984, pp. 125-142; GROSS, Oren, NI AOLAIN, Fionnuala, *Law in Times of Crisis, Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

<sup>695</sup> ORAA, Jaime, *Human Rights in states of Emergency in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 7. A l'époque déjà, le danger de conférer un tel pouvoir à un seul homme fut reconnu et, pour cette raison, de nombreuses garanties contre les abus de pouvoir furent mises en place: le Sénat devait déclarer l'état d'urgence, le dictateur avait une fonction temporaire et, s'il refusait de se retirer une fois le danger passé, les tribuns pouvaient le forcer à quitter sa fonction et le poursuivre pour prolongation illégale de son mandat. Voir O'BOYLE, Michael, « Emergency Situations and the Protection of Human Rights: A Model Derogation Provision for a Northern Ireland Bill of Rights », *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol., 28, n°2, Eté 1997, pp. 160-187; voir aussi l'institution du *justitium* en droit romain, qui permettait au Sénat d'exiger des consuls de prendre toute mesure nécessaire pour sauver l'Etat, si la République était menacée par un péril grave. AGAMBEN, Giorgio, *Etats d'exception, Homo Sacer*, Paris, Editions du Seuil, 2003, p. 71. L'auteur note que le terme signifie arrêt ou suspension du droit, vacances judiciaires.

<sup>696</sup> DAES, Erica-Irène A., « Restrictions and Limitations on Human Rights », in *Mélanges René Cassin*, Paris, Pedone, tome III, 1971, p. 81; voir également, AGAMBEN, Giorgio, *Etats d'exception, ...*, pp. 29-41, pour un aperçu historique des lois d'exception nationales.

<sup>697</sup> HARTMAN, Joan F., « Working Paper for the Committee of Experts on the Article 4 Derogation Provision », *Human Rights Quarterly*, vol. 7, 1985, p. 130; ROSSITER, Clinton L., *Constitutional Dictatorship*, New York, Harcourt, Brace, 1948, p. 5: «...en temps de crise, le gouvernement constitutionnel doit être altéré moyennant toute disposition nécessaire à la neutralisation des périls et à la restauration de la situation normale. Cette altération implique inévitablement un gouvernement plus fort: autrement dit, le gouvernement aura plus de pouvoir et les citoyens moins de droits. »

<sup>698</sup> Voir la Loi française du 8 juillet 1791, qui stipula que les droits énoncés dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ne pouvaient être suspendus en temps de guerre.

« (...) every declaration of human rights [recognizes] that in times of emergency the safety of the community is the first concern. »<sup>699</sup>

Cette mission suppose la recherche constante d'un équilibre entre la défense de l'intérêt général et la protection des intérêts des particuliers, deux objectifs qui peuvent entrer en conflit, notamment pendant des circonstances de crise.

Toutefois, ces restrictions n'équivalent pas à une suppression de l'état de droit et au sacrifice des valeurs démocratiques. Elles doivent donc être soumises à des conditions strictes d'application. En pratique, il existe une tendance, en particulier dans les systèmes dictatoriaux, à manipuler la faculté dérogatoire, dans le but de maintenir et renforcer le pouvoir en place. Dans de nombreux Etats, l'état d'urgence est devenu une forme ordinaire de l'exercice de l'autorité; les garanties constitutionnelles sont suspendues au nom de la sécurité de la nation et des mesures sont instaurées pour justifier des violations inadmissibles des libertés individuelles.

Le droit international se doit de trouver un compromis acceptable entre le pouvoir souverain de tout Etat de défendre son ordre constitutionnel, tout en l'empêchant de faire un usage abusif des pouvoirs d'exception. Il existe certaines situations dans lesquelles les Etats ne peuvent pas respecter leurs engagements et, il est préférable de prévoir expressément cette hypothèse et de la réglementer, plutôt que de voir les sujets de l'ordre juridique international agir en dehors de toute légalité. Ce droit de dérogation constitue une prérogative souveraine de tout Etat, qui est menacé par un péril d'une extrême gravité.

*«1. Article 4 of the Covenant is of paramount importance for the system of protection for human rights under the Covenant. On the one hand, it allows for a State party unilaterally to derogate temporarily from a part of its obligations under the Covenant. On the other hand, article 4 subjects both this very measure of derogation, as well as its material consequences, to a specific regime of safeguards. The restoration of a state of normalcy where full respect for the Covenant can again be secured must be the predominant objective of a State party derogating from the Covenant. In this general comment, replacing its General Comment No 5, adopted at the thirteenth session (1981), the Committee seeks to assist States parties to meet the requirements of article 4. »<sup>700</sup>*

Bien que ce passage fasse référence à l'article 4 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, il est assurément applicable aux autres dispositions du même type. La fonction première du droit de dérogation est de fournir un maximum de souplesse aux instruments, afin de lutter efficacement contre les situations qui menacent les fondements de l'Etat et permettre à ce dernier de revenir à une situation de normalité, tout en respectant ses engagements internationaux et en

---

<sup>699</sup> Représentant du Royaume Uni, in *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights/ Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, Direction des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, La Haye, Martinius Nijhoff, 1975, p. 278

<sup>700</sup> *Observation Générale N°29, Dérogations pendant un Etat d'urgence (article 4)*, adoptée par le Comité à sa 1950<sup>ème</sup> séance, le 24 juillet 2001, UN Doc.CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 août 2001, §1

limitant au maximum les violations pouvant être commises à l'encontre des droits individuels. Il s'agit en réalité de résoudre, ou atténuer les tensions susceptibles de surgir entre « humanité et raison d'Etat ».

L'origine de cette faculté dérogatoire au plan international est à rechercher dans la *Déclaration Universelle des droits de l'homme* de 1948. Selon son article 29, toute atteinte à un droit de l'homme doit viser la défense des droits d'autrui ou la défense de l'intérêt général, de la morale et de l'ordre public.<sup>701</sup> Le paragraphe 2 de cet article fixe les conditions de mise en œuvre des limitations que l'Etat peut imposer aux droits reconnus par la Déclaration, à savoir les buts légitimes que doivent viser les restrictions et les principes de légalité et de nécessité dans une société démocratique. Bien que la *Déclaration universelle* ne prévoie pas expressément la possibilité pour les Etats d'être exemptés de certaines de leurs obligations dans des situations d'exception, l'article constitue un point de départ pour la constitution du régime des atteintes aux droits. Toute interférence dans les droits individuels par les détenteurs de l'autorité doit se réaliser sur la base de la loi et être guidée par l'intérêt du plus grand nombre.

L'insertion subséquente des clauses dérogatoires dans les instruments internationaux n'a pas soulevé de grandes controverses. Les divergences concernèrent davantage leur formulation, leur champ d'application et leurs conditions de mise en œuvre.

*« It was important that states parties should not be left free to decide for themselves when and how they would exercise emergency powers because it was necessary to guard against states abusing their obligations under the Covenant. Reference was made to the past epochs during which emergency powers had been invoked to suppress human rights and to set up dictatorial regimes. »*<sup>702</sup>

Les raisons, ayant favorisé l'inclusion des dispositions dérogatoires dans les conventions, étaient principalement liées à deux facteurs: d'une part, le souvenir des atrocités commises pendant la Deuxième guerre mondiale, ainsi que des abus commis pendant le règne des dictatures, notamment sur le continent sud-américain; et d'autre part, le besoin de gérer et contrôler les diverses situations politiques, prévalant dans les différentes parties du monde. Il existait une réelle volonté d'établir des principes directeurs communs, laissant aux Etats la possibilité d'assumer leurs fonctions, sans

---

<sup>701</sup> «1. L'individu a des devoirs envers la communauté dans laquelle seule le libre et plein développement de sa personnalité est possible.

2. Dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique.

3. Ces droits et libertés ne pourront, en aucun cas, s'exercer contrairement aux buts et aux principes des Nations Unies. », Article 29, *Déclaration universelle des droits de l'homme*, adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 10 décembre 1948 à Paris au Palais de Chaillot par la résolution 217 A (III).

<sup>702</sup> *Travaux préparatoires du Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, UN Doc. A/2929, juillet 1955, § 37

pour autant permettre la destruction des libertés individuelles au nom de la raison d'Etat.<sup>703</sup> Une première proposition émana du représentant britannique, lors de la rédaction du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, qui suggéra, qu'en période de conflits armés, un Etat ne pouvait être obligé de respecter l'ensemble des obligations qu'il avait contractées, à moins que la Convention ne contînt des dispositions expresses à cet égard.<sup>704</sup> Il était nécessaire d'envisager l'éventualité de circonstances exceptionnelles, lors desquelles les Etats seraient contraints de restreindre la jouissance de certains droits de l'homme: conflits armés, crises extraordinaires, où la dérogation « *deviendrait alors indispensable à la sécurité de la nation et de la population* ». Dans ces cas précis, les clauses de limitation ne seraient pas suffisantes pour contrer la menace.<sup>705</sup> Finalement, il était impérieux de ne pas laisser les Etats parties libres de décider du moment et de la façon dont ils exerceraient leurs pouvoirs d'exception, au vu des précédents historiques. D'autres Etats, comme les Etats-Unis ou le Chili, soumirent un projet ne contenant pas de clause dérogatoire, mais uniquement une clause générale unique de limitation basée sur l'article 29 de la *Déclaration universelle*.<sup>706</sup>

La proposition britannique fut dans un premier temps refusée par le groupe de travail, une clause permettant les dérogations étant considérée comme superfétatoire, étant donné qu'une disposition globale relative aux limitations serait incluse, tout comme des restrictions spécifiques attachées à plusieurs articles, qui devaient couvrir les situations visées. Celles-ci spécifiaient des buts et des intérêts publics suffisamment larges pour autoriser les dérogations en période de troubles graves. De plus, les adversaires de la clause de dérogation étaient convaincus que des problèmes d'interprétation allaient survenir, car la disposition pouvait être lue comme permettant des atteintes

---

<sup>703</sup> MACDONALD, Ronald St. J., «Derogations under Article 15 of the European Convention on Human Rights», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36, 1998, p. 226

<sup>704</sup> *Report of the Drafting Committee to the Commission on Human Rights, UN Doc. E/CN.4/21, Annex B.*, 1947: «*It is necessary to envisage possible conditions of emergency in which States would be compelled to impose limitations upon certain human rights (...) these situations would not fall within the scope of the limitations provided for in the various articles of the covenant, nor could they be adequately covered by a general limitation clause.* » Voir également *UN Doc. E/CN.4/319*: le délégué britannique souligna que « *selon les principes généraux du droit international, en temps de guerre, les Etats ne sont pas liés strictement aux obligations des conventions sauf si celles-ci contiennent des dispositions contraires* ».

<sup>705</sup> *Travaux Préparatoires de l'Article 15 de la Convention Européenne des droits de l'homme, Document d'information établi par le Secrétariat de la Commission*, 22 mai 1956, Strasbourg, DH (56) 4, Commission Européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, pp. 12-13

<sup>706</sup> La France soumit une proposition alternative, à savoir une clause générale de limitation, contenant une disposition dérogatoire, une liste de droits indérogeables et une obligation de notification. Voir *Proposed Draft of Article 4 of the International Covenant on Human Rights, UN Doc. E/CN.4/187*, 1989: « (...) *la distinction entre la limitation de certains droits et la suspension de l'application du Pacte. Par des restrictions de détail décidées sans bruit, les Etats pourraient parvenir à limiter notablement l'ensemble des droits de l'homme. Or, le but de l'article 4 est d'obliger les Etats à prendre une décision publique, lorsqu'ils doivent restreindre ces droits.* », René Cassin, alors représentant de la France lors de l'élaboration du Pacte, *UN Doc. E/CN.4/SR.127*, 17 juin 1949

plus grandes que celles autorisées en temps de normalité.<sup>707</sup> La clause dérogatoire fut finalement acceptée et adoptée par le Comité des droits de l'homme. Il fut admis que certains cas extraordinaires devaient être régulés par une disposition spécifique<sup>708</sup> et que les restrictions accompagnant certains droits et libertés étaient manifestement insuffisantes lors de la survenance d'un danger public d'une gravité exceptionnelle.<sup>709</sup> L'article 4§1 du Pacte se lit comme suit :

« 1. Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les Etats parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale. »

De même pour la *Convention européenne*, les premiers projets ne contenaient pas de clause de dérogation, mais les discussions se concentraient sur une définition précise des droits, avec des restrictions attachées à chacun d'entre eux.<sup>710</sup> L'article 15 de la Convention fut également introduit à la demande de la Grande-Bretagne, malgré l'opposition de la France et de l'Italie.<sup>711</sup> Deux groupes d'Etats se formèrent: les Etats favorables à une définition précise des droits et de leurs limitations et ceux qui prônaient une énumération générale.<sup>712</sup> Assez rapidement néanmoins, les rédacteurs réalisèrent la nécessité d'une disposition spéciale. En effet, sans un article relatif au droit de dérogation, les Etats auraient pu déroger aux traités de manière discrétionnaire, et ceci sans aucun contrôle et, par conséquent, le risque de violations et d'abus en aurait été accru.

Les clauses dérogatoires, à savoir l'article 4 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*,<sup>713</sup> l'article 15 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*,<sup>714</sup> l'article 27 de la *Convention interaméricaine relative aux droits de l'homme*,<sup>715</sup> ainsi que l'article F de la *Charte Sociale européenne révisée*,<sup>716</sup> fournissent une

---

<sup>707</sup> UN Doc. A/2929 et pour la position des Etats-Unis, UN Doc. E/CN.4/AC.1/SR.22, 11 mai 1948, pp. 3-4 et UN Doc. E/CN.4/SR.127, 17 juin 1949, p. 3

<sup>708</sup> UN Doc. E/CN.4/SR.431, § 4

<sup>709</sup> UN Doc. E/CN.4/SR.330, p. 13

<sup>710</sup> Voir la *Recommandation 38 du 8 septembre 1949 de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe au Comité des Ministres*, 1<sup>ère</sup> session, 18<sup>ème</sup> séance, Doc. 108. Le projet de Convention soumis ne contenait qu'une clause générale de restriction à son article 6, calquée sur l'article 29 de la *Déclaration universelle* et une disposition garantissant de manière collective les droits à l'échelle nationale.

<sup>711</sup> Les travaux préparatoires relatifs à l'article 15 de la *Convention européenne des droits de l'homme* sont assez lacunaires. La proposition britannique fut retenue et acceptée par le Comité d'experts, puis par le Comité des Ministres, avant d'être insérée dans le texte final. Voir TAVERNIER, Paul, « Article 15 », in PETTITI, Louis Edmond, DECAUX, Emmanuel, IMBERT, Pierre-Henri, (Dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, 2<sup>ème</sup> Edition, Paris, Economica, 1999, 1230 p. 492

<sup>712</sup> Représentant du Royaume Uni, in *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights...*, p. 178

<sup>713</sup> Adopté le 16 décembre 1966, ci-après le *Pacte*.

<sup>714</sup> Conclue à Rome, le 4 novembre 1950, ci-après *Convention européenne*.

<sup>715</sup> Conclue à San José le 22 novembre 1969, ci-après *Convention (inter)-américaine*.

<sup>716</sup> Conclue à Strasbourg le 3 mai 1996.

procédure précise, que les Etats parties doivent respecter, ce qui permet aux organes de contrôle d'exercer une supervision sur le processus. Plus généralement, il fut compris qu'il s'agissait du seul moyen de garantir l'état de droit et de défendre les valeurs démocratiques, lors de situations dans lesquelles les droits de l'homme sont réellement menacés.<sup>717</sup>

« *Tout bien considéré, l'article 15 cadre parfaitement avec l'état de droit. Il lui permet de survivre en apportant temporairement les correctifs nécessaires à la prééminence du droit, sans jamais le supprimer.* »<sup>718</sup>

Les dispositions conventionnelles relatives au droit de dérogation peuvent être considérées comme des clauses échappatoires, qui peuvent se révéler dangereuses, si elles sont l'objet de manipulations et d'interprétations hasardeuses. Theodore Meron les a considérées comme un « *fertile ground for imaginative justifications for the denial of human rights* ». <sup>719</sup> Pour pallier à ce problème, des conditions strictes d'application ont été élaborées, dont une liste de droits indérogables, sorte de limite matérielle à la faculté de déroger. Les clauses dérogatoires représentent une donnée inhérente à la vie des Etats, qui, parfois, se voient dans l'obligation de suspendre les droits de l'homme, afin de préserver l'état de droit, lorsqu'ils sont confrontés à une menace, qui est « *créée par des conditions temporaires qui mettent les institutions politiques dans une situation précaire et qui rendent nécessaire la suspension et l'application de certains principes* ». <sup>720</sup>

Le terme de dérogation dans le domaine des droits de l'homme peut prêter à confusion. Les clauses dérogatoires ne permettent pas une suspension définitive des droits, au profit d'autres

---

La *Déclaration interaméricaine des droits de l'homme* contient des clauses générales de limitation. Toutefois, les rédacteurs de la Convention admirent la nécessité d'inclure une clause dérogatoire. La Commission procéda à la nomination d'un rapporteur pour l'étude de cette question en 1966. Suite à celle-ci, l'Organisation des Etats américains transmit trois projets de Convention à la Commission, qui proposait chacune une clause relative au droit de dérogation. Notons, que l'article 27 de la *Convention interaméricaine* s'inspire grandement des articles 15 et 4 de la *Convention européenne* et du *Pacte*. FITZPATRICK, Joan, « States of Emergency in the Inter-American Human Rights System », in HARRIS, David J., LIVINGSTONE, Stephen, *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 375-377. Ajoutons également, l'article 9 de la *Convention relative au statut des apatrides* du 28 septembre 1954, l'article 9 de la *Convention relative au statut des réfugiés* du 25 juillet 1951, ainsi que l'article 4 de la *Charte arabe des droits de l'homme*

<sup>717</sup> MACDONALD, Ronald St. J., « Derogations under Article 15 of the European Convention on Human Rights », ..., pp. 230-232

<sup>718</sup> VELU, Jacques, ERGEC, Rusen, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 465

<sup>719</sup> MERON, Theodore, « Human Rights in Time of Peace and in Time of Armed Strife: Selected Problems », in *Contemporary Issues in International Law: Essays in Honour of L.B. Sohn*, Cologne-Strasbourg-Arlington, NP Engel, 1984, p. 21. Et: « *Texte destiné à permettre à l'Etat de défendre les principes essentiels de la démocratie et des libertés fondamentales dans des périodes de danger grave et de crise exceptionnelle en l'autorisant à mettre en œuvre des mesures elles-mêmes exceptionnelles mais temporaires, il peut lui fournir les instruments et les armes qui conduiront à leur destruction et à leur disparition définitive.* », TAVERNIER, Paul, « Article 15 », in PETTITI, Louis Edmond, DECAUX, Emmanuel, IMBERT, Pierre-Henri, (Dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme...*, p. 490

<sup>720</sup> MARKS, Stephen, P. « Les principes et normes des droits de l'homme applicables en période d'exception », in *The international dimensions of human rights/Les dimensions internationales des droits de l'homme...*, p. 198

droits moins protecteurs. L'emploi du terme doit être distingué, de celui qui en est fait en relation avec les normes de *jus cogens*, « à savoir le remplacement d'une norme par une autre norme moins protectrice par un acte de volonté libre. (...) La dérogation mène à la fragmentation de la norme en régimes restreints ». <sup>721</sup> Dans le domaine des droits de l'homme, une dérogation est constituée par « un acte de volonté drastiquement contraint par des circonstances extrêmes », et s'apparente à une suspension « autorisant les Etats à mettre provisoirement à l'écart une norme afin de répondre à un péril grave, ce qui laisse intacte la norme qui redevient aussitôt applicable une fois le péril vaincu ». <sup>722</sup>

#### ii. Le mécanisme de dérogation: conditions de mise en œuvre

Un Etat partie à un traité en matière de droits de l'homme qui souhaite déroger à une de ses obligations et, par conséquent, suspendre la jouissance d'un ou plusieurs droits, doit suivre une procédure précise, explicitée dans les clauses dérogatoires. L'existence de conditions qui doivent être respectées, pour qu'un Etat puisse déclencher le mécanisme dérogatoire démontrent que, même en période d'urgence, le respect d'un cadre légal est indispensable. Les modalités de mise en œuvre ont été développées par la jurisprudence des divers organes de protection des droits de la personne. Un aperçu des différentes exigences qui rendent une dérogation légitime sera présenté, ceci en se basant sur quatre textes de référence, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (article 4), la *Convention européenne des droits de l'homme* (article 15), la *Convention interaméricaine des droits de l'homme* (article 27), ainsi que la *Charte sociale européenne révisée* (article F). Il existe certaines différences entre ces conventions, mais elles partagent des points communs, qui mettent en exergue l'attachement de la communauté internationale au maintien de l'état de droit en toutes circonstances. Il est évident que ces conditions ne sauraient être elles-mêmes objets de dérogations.

La première condition imposée aux Etats représente une exigence de fond. Elle a trait à la situation visée, qui conditionne le seuil d'applicabilité du mécanisme de dérogation. Une dérogation a pour objectif de protéger l'Etat et son existence contre un danger grave, au tout du moins l'aider à y faire face. La notion de danger public qui menace la vie de la nation n'est pas définie en tant que telle dans les textes, mais elle constitue la clef de voûte du dispositif, dans le sens où il s'agit du seul motif valable qui légitime la mise en œuvre de ce dernier. La notion de danger public a été définie dans l'*affaire Lawless* :

---

<sup>721</sup> MAIA, Catherine, « De la signification des clauses de non-dérogation en matière d'identification des droits de l'homme impératifs », ..., p. 51

<sup>722</sup> *Ibidem*, p. 50. Voir *infra* **partie III. B. 4. b. iii.**

«(...) le sens normal et habituel des mots "en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation" est suffisamment clair; qu'ils désignent, en effet, une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'État (...) »<sup>723</sup>

Il s'agit d'un danger exceptionnel qui menace l'Etat constitué, ses institutions et sa population, qui peut prendre des formes diverses, conflit armé, insurrection, épidémie, catastrophe naturelle, terrorisme, les causes et origines du danger n'étant pas expressément mentionnées dans les textes. Manfred Nowak décrit le danger public comme une « *true direct threat, whose, effects concern the entire nation and make uncertain the continuation of the community's organized life, that cannot be sufficiently averted with normal possibilities for limitation of rights* ». <sup>724</sup> La dérogation ne peut subsister une fois le danger éliminé; au-delà de cette limite temporelle, la dérogation devient illégale, car rappelons-le, le régime dérogoire est provisoire et exceptionnel. <sup>725</sup>

Toute dérogation doit être nécessaire pour faire face au danger public, condition qui ressort clairement des textes, sous la forme des expressions « dans la stricte mesure où la situation l'exige », <sup>726</sup> « *strictement en fonction des exigences du moment* ». <sup>727</sup> Il ne suffit donc pas d'invoquer l'état d'urgence pour pouvoir déroger à certains droits, mais il est impératif pour l'Etat de prouver que les mesures prises soient à même de pallier à la situation de danger. Si un Etat peut employer des outils moins intrusifs, alors il ne doit pas déroger. La mesure dérogoire est

---

<sup>723</sup> *Affaire Lawless v. Irlande*, Requête 332/57, Arrêt Strasbourg, Cour européenne des droits de l'homme, 1 juillet 1961, § 28. Voir aussi *affaire Lawless*, Rapport de la Commission, 19601.961, Série B, §§ 90-93 et les *affaires Grecques devant la Commission européenne des droits de l'homme*, Rapport Commission, 5 novembre 1969, qui constitue la seule affaire, où un organe a affirmé que le danger public menaçant la vie de la Nation n'existait pas. Le danger public fut défini comme un danger actuel ou imminent, impliquant l'ensemble de la nation et devant constituer une menace à la continuation de la vie organisée de la communauté. De plus, la crise ou le danger doit avoir un caractère exceptionnel, c'est-à-dire que les mesures ou restrictions ordinaires autorisées doivent être manifestement insuffisantes. (§153) Dans l'affaire opposant *l'Irlande au Royaume-Uni*, il fut précisé qu'une menace affectant une partie du territoire était suffisante pour affecter l'ensemble de la population et donc, mettre en péril la vie de la nation. *Affaire Irlande v. Royaume-Uni*, Requête 5310/71, Arrêt Strasbourg, Cour européenne des droits de l'homme, 18 janvier 1978, § 212. Les textes présentent des différences au niveau de la formulation: « en cas de guerre ou autre danger public menaçant la vie de la Nation » pour la *Convention européenne et la Charte sociale européenne*, « dans le cas où un danger public exceptionnel » pour le *Pacte*, « en cas de guerre, de danger public ou dans tout autre situation de crise qui menace l'indépendance ou la sécurité de l'Etat », pour la *Convention interaméricaine*. Cette dernière est probablement la moins stricte au niveau du seuil exigé.

<sup>724</sup> NOWAK, Manfred, « Article 4 », *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, 2<sup>ème</sup> Edition révisée, Kehl am Rhein, N.P Engel, 2005, p. 79

<sup>725</sup> *Affaire de Becker v. Belgique*, Requête 214/56, Arrêt Strasbourg, Cour européenne des droits de l'homme, 27 mars 1962; voir également l'*Observation Générale N°29, Dérogations pendant un Etat d'urgence (article 4)*, adoptée par le Comité des droits de l'homme à sa 1950<sup>ème</sup> séance, le 24 juillet 2001, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 août 2001, §§ 2-3; *Jorge Landinelli Silva et al. v. Uruguay*, Comité des droits de l'homme, Communication 34/1978, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 (1984), 8 avril 1981, § 8.4; Advisory Opinion OC-8/87, Habeas Corpus in Emergency Situations, articles 27(2), 25(1) and 7(6) of the American Convention on human rights, *requested by the Inter-American Commission on Human Rights*, *Cour interaméricaine des droits de l'homme*, 30 janvier 1987, § 23.

<sup>726</sup> *Pacte international, Convention européenne et Charte sociale européenne*.

<sup>727</sup> *Convention interaméricaine*.

supposée constituer le seul moyen à disposition, les mesures normales étant insuffisantes.<sup>728</sup> La Cour européenne des droits de l'homme a développé relativement à ce sujet, la doctrine de la marge d'appréciation, qui laisse à l'Etat une latitude pour apprécier, aussi bien l'existence et la gravité du danger, que les mesures adéquates à prendre pour sauvegarder la nation. La nécessité porte aussi bien sur la durée, l'étendue géographique, la portée et le contenu matériel de la dérogation.<sup>729</sup> Il est vital qu'un rapport de proportionnalité existe entre la mesure de dérogation prise et les faits de l'espèce, à savoir l'intensité ou la nature du danger, ainsi qu'entre la mesure et l'objectif de celle-ci, à savoir le rétablissement *statu quo ante* et la préservation des institutions démocratiques de l'Etat. Les instruments stipulent également que les mesures dérogatoires ne doivent pas être incompatibles avec les autres obligations de droit international qui lient l'Etat « dérogateur », que celles-ci soient de nature conventionnelle ou coutumière.<sup>730</sup> Il s'agit

---

<sup>728</sup> Voir *affaire Lawless*, Commission européenne des droits de l'homme, Série B, 1960-1961, p. 131 et *affaire Irlande v. Royaume-Uni*, Commission européenne des droits de l'homme, Série A, 1978, p. 119 : « (...) justification in terms of article 15 does not result automatically from the high level of violence. There must be a link between the characteristics of the violence, on the one hand and the measures selected, on the other. »; Tout Etat qui exerce son pouvoir dérogatoire bénéficie d'une « certain measure of discretion in assessing the extent strictly required by the exigencies of the situation. » *Affaire Grèce v. Royaume-Uni*, Commission européenne des droits de l'homme, 1958-1959, 1er rapport, p. 176 ; *Affaire Aksoy v. Turquie*, Requête 21987/93, Arrêt Strasbourg, Cour européenne des droits de l'homme, 18 décembre 1996, § 68 aussi.

<sup>729</sup> « (...) Il incombe d'abord à chaque État contractant, responsable de "la vie de (sa) nation", de déterminer si un "danger public" la menace et, dans l'affirmative, jusqu'où il faut aller pour essayer de le dissiper. En contact direct et constant avec les réalités pressantes du moment, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur la présence de pareil danger comme sur la nature et l'étendue de dérogations nécessaires pour le conjurer. L'article 15 par. 1 (art. 15-1) leur laisse en la matière une large marge d'appréciation.

Les États ne jouissent pas pour autant d'un pouvoir illimité en ce domaine. Chargée, avec la Commission, d'assurer le respect de leurs engagements (article 19) (art. 19), la Cour a compétence pour décider s'ils ont excédé la "stricte mesure" des exigences de la crise (arrêt *Lawless* du 1er juillet 1961, série A n° 3, p. 55, par. 22, et pp. 57-59, paras. 36-38). La marge nationale d'appréciation s'accompagne donc d'un contrôle européen. », *Affaire Irlande v. Royaume-Uni*, Requête 5310/71, Arrêt, Strasbourg, Cour européenne des droits de l'homme, 18 janvier 1978, § 207. Le contrôle porte sur l'existence du danger public, la nécessité du recours aux mesures dérogatoires et sur les mesures en tant que telles, mais ne porte pas sur l'efficacité des mesures ou leur justesse. (§ 214)

Voir aussi *affaire Lawless v. Irlande*, Requête 332/57, Arrêt Strasbourg, Cour européenne des droits de l'homme, 1 juillet 1961: ici, la nécessité des mesures dérogatoires portait sur le fait que les juridictions pénales ordinaires ne suffisaient pas pour rétablir l'ordre; l'accent fut mis sur l'importance des garanties qui doivent accompagner toute détention administrative; *Affaire Brannigan and McBride v. Royaume-Uni*, Requêtes 14553/89 et 14554/89, Arrêt, Strasbourg, Cour européenne des droits de l'homme, 26 mai 1993, §43: la Cour souligna l'étendue de sa compétence de contrôle sur la licéité et l'efficacité des mesures; il ne fut pas considéré nécessaire que les mesures dérogatoires aient été le meilleur moyen pour parvenir au but; *Affaire Aksoy v. Turquie*, Requête 21987/93, Arrêt Strasbourg, Cour européenne des droits de l'homme, 18 décembre 1996: sur la nécessité de garanties judiciaires; *Affaire Sakik et autres v. Turquie*, Requêtes 23878/94, 23879/94, 23880/94, Arrêt, Strasbourg, Cour européenne des droits de l'homme, 26 novembre 1997: sur l'étendue géographique du danger public; *Affaire Demir et autres v. Turquie*, Requêtes 21380/93, 21381/93, 21383/93, Arrêt Strasbourg, Cour européenne des droits de l'homme, 23 septembre 1998, § 55, sur la nécessité de prévoir des garanties judiciaires pendant une détention.

<sup>730</sup> Voir l'article 53 de la *Convention européenne*, qui fait écho à cette exigence, article 5§2 du *Pacte*, article 29(b) de la *Convention interaméricaine*.

« 9. En outre, le paragraphe 1 de l'article 4 exige qu'aucune mesure dérogeant aux dispositions du Pacte ne soit incompatible avec les autres obligations qui incombent aux États parties en vertu du droit international, en particulier les règles du droit international humanitaire. L'article 4 du Pacte ne saurait être interprété comme justifiant une dérogation aux dispositions du Pacte si une telle dérogation doit entraîner un manquement à d'autres obligations internationales incombant à l'État concerné, qu'elles découlent d'un traité ou du droit international général. Ce principe est reflété également au paragraphe 2 de l'article 5, en vertu duquel il ne peut être admis aucune restriction

« d'harmoniser les obligations assumées par les Etats et ainsi, renforcer la protection des droits de l'homme dans des situations de crise par l'application concordante et complémentaire de l'ensemble de règles établies en vue de protéger ces droits (...) ». <sup>731</sup> Ces obligations englobent assurément les autres normes en matière de protection des droits de la personne, <sup>732</sup> les règles de droit international humanitaire, les dispositions des conventions internationales sur le droit du travail, ainsi que toutes les normes liant l'Etat souhaitant déroger à ses obligations. <sup>733</sup> La jurisprudence européenne n'est pas très abondante, ni détaillée, relativement au principe de comptabilité et à son contenu exacte. Mentionnons *l'affaire Chypre v. Turquie*, qui cita les obligations issues de la *Charte des Nations Unies* <sup>734</sup> et *l'affaire Brannigan*, dans laquelle les requérants prétendirent que le Royaume-Uni avait violé son obligation de proclamer officiellement les dérogations, obligation issue du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, mais qui n'est pas exigée par la *Convention européenne*. <sup>735</sup> Cette exigence de respect des autres obligations internationales limite un peu plus la possibilité pour un Etat de déroger à ses obligations. <sup>736</sup> De plus, il s'agit d'un critère supplémentaire à la disposition des organes internationaux pour évaluer de la licéité des actions des Etats.

Finalement, le *Pacte international* et la *Convention interaméricaine* interdisent toute mesure de dérogation qui entraînerait une discrimination fondée « *uniquement sur la race, le sexe, la couleur,*

---

*ou dérogation aux droits fondamentaux reconnus dans d'autres instruments, sous prétexte que le Pacte ne les reconnaît pas ou les reconnaît à un moindre degré. », Observation Générale N°29, Dérogations pendant un Etat d'urgence (article 4), adoptée par le Comité des droits de l'homme à sa 1950<sup>ème</sup> séance, le 24 juillet 2001, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 août 2001, § 9. Egalement, affaire *Brannigan and McBride v. Royaume-Uni*, Requêtes 14553/89 et 14554/89, Arrêt, Strasbourg, Cour européenne des droits de l'homme, 26 mai 1993, § 67-73*

<sup>731</sup> *Administration de la Justice, Etat de droit et Démocratie, Question des droits de l'homme et des états d'exception, Huitième rapport annuel et liste des Etats qui, depuis le 1er janvier 1985, ont proclamé, prorogé ou abrogé un état d'exception*, présenté par M. Leandro Despouy, rapporteur spécial nommé en application de la résolution 1985/37 du Conseil économique et social, Additif, quarante-septième session, E/CN.4/Sub.2/1995/20/Add.1, 10 novembre 1995, § 97.

<sup>732</sup> *Problèmes découlant de la coexistence des Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme et de la Convention Européenne des droits de l'homme, Différences quant aux droits garantis*, Rapport du Comité d'experts en matière de droits de l'homme au Comité des Ministres, H(70)7, Strasbourg, 25 septembre 1970, §§ 83-85

<sup>733</sup> *Third Report on the Situation of Human Rights in Colombia*, Commission interaméricaine des droits de l'homme, OEA/Ser. L/V/II. 102 doc. 9 rev.1, 1 février 1999 et *Report on Terrorism and Human Rights*, Commission interaméricaine des droits de l'homme, OEA/Ser. L/V/II. 116, Executive Summary, 22 octobre 2002, § 20.

<sup>734</sup> *Affaire Chypre v. Turquie*, Rapport de la Commission européenne des droits de l'homme, 1976, p.552 : « *The reference to other obligations under international law in article 15§1 excluded wars violating such obligations as those under the UN Charter. »*

<sup>735</sup> *Brannigan and McBride v. Royaume-Uni*, Requêtes 14553/89 et 14554/89, Arrêt, Strasbourg, Cour européenne des droits de l'homme, 26 mai 1993, § 73.

<sup>736</sup> Le principe de compatibilité avec les autres obligations du droit international mène à un résultat identique à celui issu de l'application du traitement le plus favorable, technique propre au droit international des droits de l'homme pour résoudre des cas de conflits de normes. Toutefois, cette technique manque de consécration formelle et son statut en droit international général ne peut être clairement établi.

*la langue, la religion ou l'origine sociale* ». <sup>737</sup> La dernière exigence de fond porte sur l'objet des dérogations: certains droits fondamentaux sont exclus du champ des dérogations. Ces droits sont listés au deuxième paragraphe des clauses dérogatoires. Cette condition, limite ultime du pouvoir de l'Etat, démontre l'emprise des droits de l'homme et la persistance d'un cadre régulateur dans des situations pourtant extrêmes, ceci assurant un certain degré de permanence et de sécurité juridiques.

Au niveau des conditions formelles, exprimées au troisième paragraphe des dispositions dérogatoires, il existe une obligation pour l'Etat de notifier la dérogation à l'organe compétent, ainsi que d'avertir les autres Etats parties. Cette notification doit contenir des informations relatives à la portée des mesures, ainsi qu'à la nature du danger, aux lois mises en place et aux garanties établies. De plus, elle doit être faite sans retard. <sup>738</sup> La Cour européenne des droits de l'homme a précisé que l'absence de notification constitue une violation du paragraphe 3 de l'article 15, mais ne présume pas de la validité de la dérogation. <sup>739</sup> Le *Pacte international* est le seul instrument imposant à l'Etat de proclamer officiellement l'état d'urgence.

Le droit de dérogation octroyé aux Etats par les conventions en matière de droits de l'homme obéit à des conditions rigides, qui ont été affinées et précisées par la jurisprudence. Il s'agit d'une procédure qui peut être enclenchée uniquement dans des circonstances hautement exceptionnelles. Toute dérogation comporte un risque, car elle mène à une suspension temporaire des obligations des Etats en la matière, d'où une interprétation stricte de ces conditions par les organes de contrôle: la dérogation doit rester l'exception. La lecture va également varier en fonction de l'instance qui se prononce, l'Etat qui a procédé à la dérogation et les droits affectés par celle-ci. Par exemple, il semble évident que la Cour européenne octroiera une marge d'appréciation plus grande à un Etat qu'elle juge démocratique, qu'à un régime ayant des penchants autoritaires.

Les clauses conventionnelles dérogatoires sont spécifiques et nous allons tenter de voir s'il est possible de les rapprocher d'autres techniques d'accommodation, qui ont été établies, afin

---

<sup>737</sup> Il s'agit d'une interdiction large et exhaustive au niveau des motifs de la discrimination. La *Convention européenne* et la *Charte sociale européenne* sont silencieuses sur ce point, mais le renvoi au respect des autres obligations de droit international, ainsi que l'article 14 de la *Convention européenne* mènent à la même prohibition de la discrimination, L'article 14 ne représente pas une énumération exhaustive des motifs.

<sup>738</sup> *Affaire Lawless v. Irlande*, Requête 332/57, Arrêt Strasbourg, Cour européenne des droits de l'homme 1 juillet 1961, §§ 44-45 et § 47, *affaire Irlande v. Royaume-Uni*, Requête 5310/71, Arrêt, Strasbourg, Cour européenne des droits de l'homme, 18 janvier 1978, § 223 et *affaire Brannigan and McBride v. Royaume-Uni*, Requêtes 14553/89 et 14554/89, Arrêt, Strasbourg, Cour européenne des droits de l'homme, 26 mai 1993.

<sup>739</sup> *Affaire Lawless v. Irlande*, Requête 332/57, Arrêt Strasbourg, Cour européenne des droits de l'homme 1 juillet 1961

d'assurer le maintien d'un cadre juridique dans des conditions, souvent extrêmes, dans lesquelles l'Etat éprouve des difficultés à respecter la totalité de ses obligations internationales.

### *iii. Dérogations et autres techniques conventionnelles d'accommodation*

Les clauses échappatoires sont des moyens utilisés par les Etats pour restreindre l'effet obligatoire ou la portée de leurs engagements conventionnels. Elles justifient des mises à l'écart du droit dans des circonstances prédéfinies. La conclusion d'un traité représente en soi une restriction à la souveraineté et à la liberté du sujet qui contracte l'obligation, dans le sens où elle diminue l'étendue de son domaine réservé: pour cette raison, les Etats, principaux créateurs et destinataires des normes internationales, tentent, par diverses méthodes, de préserver une certaine marge de manœuvre.<sup>740</sup> Rosalyn Higgins décrit ces méthodes comme des « *techniques d'accommodation du droit international aux besoins raisonnables de l'Etat, afin qu'il remplisse ses obligations dans l'intérêt collectif* ». <sup>741</sup> Elles permettent de rendre les instruments un peu moins rigides, ceci dans le but d'encadrer des violations inévitables, ainsi que de favoriser une participation plus large aux traités. Parallèlement, ces procédés reflètent le penchant des Etats à limiter la portée juridique de leurs engagements internationaux, dans des domaines qui ont longtemps relevés de leur compétence exclusive.

Michel Virally identifie cinq clauses échappatoires introduites dans les conventions internationales, qui ont pour effet de rendre les obligations à la charge du sujet qui les a acceptées, entièrement ou partiellement réversibles, par l'introduction de limites expresses à celles-ci. Elles se distinguent par leurs conditions d'application et par le degré de précision dans la définition desdites limites.<sup>742</sup>

---

<sup>740</sup> Ceci constitue une opinion personnelle qui va à l'encontre de l'opinion de la Cour permanente de Justice, lorsqu'elle affirme: « *La Cour se refuse à voir dans la conclusion d'un traité quelconque, par lequel un Etat s'engage à faire ou ne pas faire quelque chose, un abandon de la souveraineté.(...) mais la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'Etat.* », *Affaire du Vapeur Wimbledon*, Royaume-Uni/France/Japon v. Pologne, Recueil C.P.J.I 1923 Séries A, Jugements du 17 août 1923, p. 25

<sup>741</sup> HIGGINS, Rosalyn, «Human Rights: Some Questions of Integrity», *Commonwealth Law Bulletin*, vol. 15, 1989, p. 285. Elle mentionne les réserves, le pouvoir de dénonciation, les clauses dérogoires, les clauses limitatives, les exceptions, les *clawback clauses*.

<sup>742</sup> VIRALLY, Michel, *Les clauses échappatoires en matière d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 7-19

- Les dispositions restrictives: ces clauses limitent l'objet de l'obligation en lui apportant des exceptions ou en restreignant son champ d'application: définitions, clauses relatives à la portée du traité, clauses déterminant leur validité temporelle, clauses du type « engagement dans toute la mesure du possible ».
- Deuxièmement les exceptions qui permettent d'écarter l'application d'obligations générales dans des circonstances déterminées. Elles peuvent être temporaires ou permanentes. Les exceptions affectent de manière définitive la définition ou les limites de l'obligation en cause. Citons comme illustration l'article 2 de la *Convention européenne des droits de l'homme* concernant le droit à la vie, ou l'article 4 du même texte, relativement au travail forcé et obligatoire. Les droits sont circonscrits dans leur champ d'application de manière négative. Une exception peut évoluer, le *Protocole N° 6 à la Convention européenne* édicte l'abolition de la peine de mort en un droit indérogeable, mais il est prévu un aménagement en cas de guerre, le *Protocole N°13* l'interdisant de manière absolue.
- Les clauses facultatives: il s'agit là de clauses auxquelles les parties adhèrent par voie d'acceptation spéciale, distincte de la ratification et de l'adhésion au traité. L'article 41 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* constitue un bon exemple: les Etats parties peuvent reconnaître la compétence du Comité des droits de l'homme pour examiner des communications interétatiques.<sup>743</sup>
- L'auteur évoque les clauses de sauvegarde ou soupapes de sureté conventionnelles, véritables dispositions « échappatoires ou dérogoires »: elles ont pour vocation, soit de suspendre, temporairement ou définitivement, l'ensemble, ou une partie des obligations souscrites, soit de rendre applicable un système alternatif d'obligations moins contraignant, lorsque des situations, plus ou moins bien définies, se présentent. Elles sont en général encadrées par des conditions strictes de mise en œuvre, mais amènent une certaine souplesse dans l'application effective des obligations, ce qui permet une adaptation de celles-ci aux circonstances concrètes. Les clauses dérogoires incluses dans les traités en matière de droits de l'homme relèvent de ce type de dispositions.<sup>744</sup> Elles n'affectent que temporairement et exceptionnellement les droits protégés. De même, les limitations ou les restrictions, qui sont, soit formulées dans une clause générale, soit attachées à un droit

---

<sup>743</sup> Voir aussi les articles 45 et 62 de la *Convention interaméricaine*, relativement aux compétences et fonctions de la Commission et de la Cour, article 14 de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, articles 21 et 22 de la *Convention contre la torture*. De même, l'article 36§2 du *Statut de la Cour internationale de Justice*.

<sup>744</sup> Voir également l'article XVII des *accords* du GATT.

spécifique, répondent à des conditions strictes. Le droit est énoncé, puis suit une liste de situations autorisant les ingérences.

- Finalement, les clauses potestatives, qui permettent de larges restrictions, voire même une libération totale des obligations dans des circonstances définies par les parties elles-mêmes, qui peuvent, en conséquence, s'en prévaloir librement de manière quasi-unilatérale. Peuvent être placées dans cette catégorie, les clauses d'*opting-out*, qui laissent la possibilité aux Etats de se soustraire au respect de certaines procédures, normalement obligatoires: articles 28§1 et 30§2 de la *Convention contre la torture*, article 29§2 de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* et article 10§1 de son *Protocole facultatif*. Ajoutons également les « *clawback clauses* », qui permettent de définir les obligations contractées en fonction de la loi nationale.<sup>745</sup>

Dans le domaine du droit international des droits de l'homme, il est possible de regrouper les clauses échappatoires, visant la limitation ou la suspension des droits de l'homme, en deux grands ensembles: « *d'une part, les clauses consistant à circonscrire le champ d'application de la liberté prévue par une démarche négative: aussitôt après avoir énoncé un droit, le traité énumère un certain nombre de faits qu'il exclut de son champ d'application.* »;<sup>746</sup> d'autre part, les dispositions qui « *énoncent un droit, suivi par l'énumération des différentes situations qui autorisent les ingérences dans le droit garanti et justifient les empiètements à ce dernier (justification des intrusions)* ».<sup>747</sup>

Les outils à disposition des Etats, pour affronter des situations, qui présentent un danger pour l'ordre public, ont pour objectif de protéger l'intégrité des fondements de la société concernée. Dans cette perspective, lorsque l'exercice des droits et libertés risque de mener à une destruction du système, les gouvernements peuvent limiter leurs obligations en matière de droits de l'homme, s'abstenir d'en protéger totalement l'exercice, sous réserve de respecter certaines conditions. En cas de non-respect des conditions, l'Etat violerait une obligation internationale. Dérogation, limitation ou exception ne sont pas des synonymes du terme de violation, si elles respectent les critères établis. Elles s'apparentent davantage « *à une ingérence légitime, une atteinte justifiée dans l'exercice d'un droit, une restriction de son champs d'application* ».<sup>748</sup> Le régime imposé a

---

<sup>745</sup> Technique employée dans la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, voir partie **III. B. 1. b.**

<sup>746</sup> Articles 2§2 et 4§3 de la *Convention européenne des droits de l'homme* : ici, le droit est restreint dans son champ d'application, par l'imposition d'exceptions.

<sup>747</sup> ERGEC, Rusen, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles ...*, p.29

<sup>748</sup> DE FROUVILLE, Olivier, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international...*, pp. 66-67

pour visée d'empêcher que l'invocation de la raison d'Etat ou d'autres considérations d'ordre public ne dégénère en règne de l'arbitraire.<sup>749</sup>

Les deux techniques principales d'aménagement sont, comme déjà mis en exergue, les limitations/restrictions et les dérogations. Mais quelles sont les similitudes et les différences entre ces deux mécanismes, qui permettent de réconcilier, ou tout du moins d'accommoder, droits individuels et intérêts de la collectivité? Les conventions en matière de droits de l'homme ont instauré un régime double, relativement aux droits garantis: il existe des droits conditionnels, qui peuvent être soumis à des dérogations et/ou à des restrictions et des droits intangibles, absolus et applicables en tout temps et en toute circonstance.<sup>750</sup> Procédons à une légère précision terminologique. Les conventions se réfèrent aux notions de restrictions (*Convention européenne*: articles 9§2, 10§2, 11§2, 16 et 18 ou *Convention interaméricaine*: articles 12§2, 13§3, 15, 16§2, 22§3 et §4 et 30) et de limitations (*Convention européenne*: article 17 ou *Convention interaméricaine*: articles 12§3 et 29), mais aucun critère de distinction n'est développé dans les textes. Il ressort des deux traités mentionnés, que les restrictions constituent des mesures plus sévères, atteignant plus profondément la jouissance et l'exercice des droits, que les limitations.<sup>751</sup> Néanmoins, les termes de limitation et de restriction seront employés indifféremment.

Il a été entrevu que, lors des travaux préparatoires des instruments en matière de droits de la personne, les Etats ont finalement accepté l'inclusion d'une clause dérogatoire, en plus des dispositions relatives aux limitations des droits, car ces deux procédés furent perçus comme couvrant des situations différentes et correspondant à des nécessités distinctes. Il semble que les dérogations constituent une technique plus restrictive et intrusive que les limitations. Les dispositions conventionnelles de limitations aux droits, qu'elles soient exprimées sous la forme d'une clause générale, comme l'article 29 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, l'article 4 du *Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels* ou encore l'article G de la *Charte Sociale européenne*,<sup>752</sup> ou qu'elles soient spécifiquement attachées à un

---

<sup>749</sup> « *The question of restrictions and limitations on human rights is an important and perennial problem in modern times. The problem consists of the distinction and balance between state and citizen, between freedom and violence, between individual interests and other individuals or the general welfare.* », tire de DAES, Erica-Irene A., « Restrictions and Limitations on Human Rights »,..., p. 80

<sup>750</sup> Voir **Annexe VI. B. 1.**

<sup>751</sup> DAES, Erica-Irène A., « Restrictions and Limitations on Human Rights »,..., p. 79. D'autres expressions sont employées dans la *Convention européenne*, comme: ingérence, article 8§2; formalités, conditions, restrictions et sanctions, article 10§2; réglementation, article 1(2) du *Protocole additionnel N°1* à la Convention.

<sup>752</sup> Egalement article 27§2 de la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, article 32§2 de la *Convention interaméricaine des droits de l'homme* et article 5 du *Protocole de San Salvador sur les droits économiques, sociaux et culturels*. Hormis le cas de la *Déclaration universelle*, les textes mentionnés voient coexister des clauses particulières de limitations avec une clause générale.

article, par exemple, les articles 8 à 11 de la *Convention européenne des droits de l'homme*<sup>753</sup> ou l'article 2 du *Protocole N°4* à cette dernière, obéissent à un régime précis, expressément prévu par les textes. Ces limitations constituent des ingérences dans l'exercice des droits, pouvant être mises en œuvre en temps de normalité, dans le but d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et des libertés d'autrui, afin de remplir les exigences de moralité, d'ordre, de sécurité et de bien-être général dans une société démocratique.<sup>754</sup> L'idée générale sous-tendant les limitations est que la plupart des droits de l'homme ne possède pas une nature absolue, mais ils sont le reflet d'un équilibre entre intérêts individuels et intérêts de la communauté. Le Professeur Alexandre Kiss fit remarquer que les conventions en matière de protection des droits de la personne contiennent non seulement des droits et libertés, « *which are considered as inherent to all human beings, but they also fix certain limits to their exercise. (...) Thus, whatever the extent of the right granted in such treaties "no right or liberty is unlimited: they contain in themselves their own limits, the determination of which is a matter for interpretation* ». <sup>755</sup>

Procédons à un bref examen des conditions de mise en œuvre des limitations aux droits. Premièrement, les ingérences doivent être prévues par la loi, afin de respecter le principe de légalité, principe consubstantiel à l'état de droit.<sup>756</sup> Ensuite, les limitations ne peuvent être invoquées, uniquement si elles visent un but légitime servant l'intérêt général, « *sûreté publique et nationale, bien-être économique, protection de l'intégrité nationale, défense de l'ordre, prévention des infractions pénales, protection de la santé ou de la morale, protection des droits et libertés d'autrui, protection de la réputation d'autrui* ». <sup>757</sup> L'Etat qui limite l'exercice d'un droit doit

---

<sup>753</sup> Notons que la clause générale de limitation a disparu de la *Convention européenne et du Pacte relatif aux droits civils et politiques*. Cela est dû en grande partie à l'opposition entre les Etats lors de la rédaction des textes. Le représentant britannique insista lourdement sur le besoin de définir précisément les limitations applicables à chaque droit, alors que d'autres Etats se prononcèrent en faveur d'une clause unique. *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights/ Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, Direction des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, La Haye, vol. IV, Martinius Nijhoff, 1977, p. 11. Pour les limitations aux droits dans les autres traités: articles 12§3, 18§3, 19§3, 21 et 22§2 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*; articles 12§3, 13§2, 16§2, 22§3 de la *Convention interaméricaine*, et articles 2§3 et §4 du 4<sup>ème</sup> *Protocole additionnel à la Convention européenne*.

<sup>754</sup> HIGGINS, Rosalyn, « Derogations under Human Treaties », ...p. 282

<sup>755</sup> KISS, Alexandre Charles, « Permissible Limitations on Rights », in HENKIN, Louis, (Ed.) *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, New York, Columbia University Press, 1981, pp. 291-292

<sup>756</sup> La loi doit être assez précise, accessible et prévisible dans ses conséquences, pour « *permettre au citoyen de régler sa conduite* », *affaire du Sunday Times v. Royaume-Uni*, Requête 6538/74, Arrêt Strasbourg, Cour européenne des droits de l'homme, 26 avril 1979, §§ 46-53, *Affaire Kruslin v. France*, Requête 11801/85, Arrêt Strasbourg, Cour européenne des droits de l'homme, 24 avril 1990, §§ 27-36. La Cour précisa qu'elle entend le terme de loi dans son acception matérielle et y inclut des textes de rang infra-législatifs et le droit non-écrit. Egalement, *affaire Malone v. Royaume-Uni*, Requête 8691/79, Arrêt Strasbourg, Cour européenne des droits de l'homme, 2 août 1984, § 67 ; sur la prévisibilité de la loi

<sup>757</sup> Article 8§2 et article 10§2 de la *Convention européenne*; voir aussi l'article 4 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*.

Voir également, *affaire Karnel Singh Bhinder v. Canada*, Communication 208/1986, Comité des droits de l'homme, U.N. Doc. CCPR/C/37/D/208/1986 (1989), 25 octobre 1988.

utiliser des mesures proportionnées au but recherché et nécessaires dans une société démocratique.<sup>758</sup> L'adjectif nécessaire ne signifie pas indispensable, mais est néanmoins moins flexible que les expressions telles que, admissible, ordinaire, utile, raisonnable ou désirable.<sup>759</sup> Ces conditions de nécessité et de proportionnalité imprègnent également le mécanisme dérogatoire.<sup>760</sup> Ces exigences sont confirmées par les articles 17 et 18 de la *Convention européenne* et l'article 5 du *Pacte relatif aux droits civils et politiques*, qui énoncent l'interdiction pour les Etats et les individus d'abuser de leur pouvoir relativement à l'usage des limitations, en les empêchant de recourir aux limitations en dehors du régime prévu et d'accomplir des actes visant à la destruction des droits. De plus, la limitation ne peut pas employée, pour atteindre un objectif, qui ne soit pas explicitement mentionné.<sup>761</sup> Il revient à l'Etat de démontrer l'existence d'un besoin social pressant:

« Il n'en appartient pas moins aux autorités nationales de juger, au premier chef, de la réalité du besoin social impérieux qu'implique en l'occurrence le concept de nécessité (...) »<sup>762</sup>

---

<sup>758</sup> Notons que la référence au concept de société démocratique est absente des clauses de restriction incluses dans la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*. Le concept est vu comme un critère extérieur d'évaluation de l'acceptabilité des ingérences.

<sup>759</sup> Voir l'affaire *Silver et autres v. Royaume-Uni*, Requêtes 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75, Cour européenne des droits de l'homme, 25 mars 1983, §§ 97-98: « 97. La Cour a plusieurs fois précisé comment elle comprend les termes "nécessaire dans une société démocratique", la nature de ses fonctions lors de l'examen des questions les concernant et la manière dont elle s'en acquittera. Il suffit ici de résumer certains principes: a) l'adjectif "nécessaire" n'est pas synonyme d' "indispensable", mais n'a pas non plus la souplesse de termes tels qu' "admissible", "normal", "utile", "raisonnable" ou "opportun" (arrêt *Handyside* du 7 décembre 1976, série A n° 24, p. 22, § 48); b) les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation - non illimitée - en matière de recours à des restrictions, mais la décision finale sur la compatibilité de celles-ci avec la Convention appartient à la Cour (*ibidem*, p. 23, § 49); c) "nécessaire dans une société démocratique" signifie que pour se concilier avec la Convention, l'ingérence doit notamment correspondre à un "besoin social impérieux" et être "proportionnée au but légitime poursuivi" (*ibidem*, pp. 22-23, §§ 48-49); d) appellent une interprétation restrictive celles des clauses de la Convention qui ménagent une exception à un droit garanti (arrêt *Klass et autres précité*, série A n° 28, p. 21, § 42).

98. La Cour a aussi jugé qu'en recherchant si une ingérence dans l'exercice du droit d'un condamné détenu au respect de sa correspondance était "nécessaire" à la poursuite de l'un des buts énumérés à l'article 8 § 2 (art. 8-2), il y a lieu d'avoir égard aux exigences normales et raisonnables de l'emprisonnement (arrêt *Golder précité*, série A n° 18, p. 21, § 45). Elle reconnaît en effet qu'un certain contrôle de la correspondance des détenus se recommande et ne se heurte pas en soi à la Convention. »

<sup>760</sup> « Limitations may be applied only for those purposes for which they were prescribed and must be directly related and proportionate to the specific need on which they are predicated. Restrictions may not be imposed for discriminatory purposes or applied in a discriminatory manner. », *General Comment No. 22, The right to freedom of thought, conscience and religion, Art. 18*, 30 juillet 1993, Comité des droits de l'homme, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, *General Comment No. 22*, (Forty-eighth session 1993), § 8

<sup>761</sup> Egalement, l'article 30 dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, articles 29 et 30 de la *Convention interaméricaine des droits de l'homme*, article 5§1 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*. Ces articles mettent l'accent sur l'objectif et le but de toute action visant la restriction d'un droit. Les Etats ne sont pas autorisés à agir de manière à détruire les droits garantis. Ces clauses s'apparentent à des garanties de sauvegarde des droits, qui interdit toute action ou interprétation qui videraient les textes de leur sens. Les conventions permettent aux Etats de limiter, déroger, restreindre les droits garantis: il est important que ce pouvoir ne soit pas employé à mauvais escient et à l'encontre du but et de l'esprit des traités. De plus, ces articles empêchent les individus de se fonder sur leurs propres droits, afin de promouvoir des activités visant la destruction des droits garantis.

<sup>762</sup> *Affaire Handyside v. Royaume-Uni*, Requête 5493/72, Arrêt, Cour européenne des droits de l'homme, Strasbourg, 7 décembre 1976, §48; voir également, relativement à la nécessité d'un motif pertinent et suffisant: *Affaire Sunday Times v. Royaume-Uni*, Requête 6538/74, Arrêt, Cour européenne des droits de l'homme, Strasbourg, 22 avril 1979, §§ 63-67; *Affaire Dudgeon v. Royaume-Uni*, Requête 7525/76, Arrêt, Cour européenne des droits de l'homme, Strasbourg, 22 octobre 1981, §§ 60-63; *Affaire Beatriz Weismann and Alcides Lanza Perdomo v. Uruguay*, Communication 8/1977, Comité des droits de l'homme, U.N. Doc.CCPR/C/9/D8/1977, 3 avril 1980, § 16.

Précisons qu'en vertu du principe de subsidiarité, les autorités nationales sont considérées comme étant mieux placées que l'instance de surveillance pour juger de l'utilité des mesures de limitations aux droits, mais que cette marge d'appréciation est doublée d'un contrôle effectué par l'organe pertinent sur la nécessité et la proportionnalité des mesures.<sup>763</sup> Ce dernier porte essentiellement sur trois critères: le droit en cause et sa fundamentalité dans une société démocratique; la gravité de l'ingérence et le but visé; et finalement, l'existence d'un consensus entre les Etats du système.

Le régime des dérogations et celui des limitations partagent certaines caractéristiques communes.

L'Etat a la compétence de:

« (...) soumettre ces droits à des limitations, s'ingérer dans l'exercice de ces droits par les individus; il peut également ne pas en assurer totalement la jouissance et s'abstenir dans une certaine mesure d'en protéger l'exercice contre les ingérences qui seraient le fait de particuliers. Tant qu'il agit de la sorte dans le respect de certaines conditions fondamentales, il ne viole pas les droits en question. »<sup>764</sup>

Dérogations et limitations permettent à l'Etat de mettre en balance la survie de la Nation et/ou le maintien de l'ordre public et la protection des droits et libertés de la personne humaine et de faire face à des situations de crise plus ou moins sérieuses. Dans les deux cas, l'Etat bénéficie d'une marge d'appréciation, certes qui n'est pas illimitée, lorsqu'il doit procéder à la pesée des intérêts, afin de trouver un équilibre entre ce qu'il juge nécessaire d'entreprendre et ce qui est objectivement requis pour atteindre le but visé.<sup>765</sup> Les limitations, comme les dérogations, doivent demeurer des exceptions et être appliquées et interprétées de manière stricte.<sup>766</sup> De plus, les exigences de nécessité et de proportionnalité des mesures sont des principes directeurs sous-tendant les deux mécanismes, tout comme le principe interdisant les mesures discriminatoires.

Malgré ces similitudes, il existe des différences entre ces techniques juridiques d'aménagement des obligations. En premier lieu, les limitations répondent à un besoin légitime d'une société qui peut exister en périodes ordinaires et peuvent, de ce fait, être permanentes, alors que les dérogations ne peuvent être déclenchées que par l'existence d'un état d'urgence exceptionnel et,

---

<sup>763</sup> *Affaire Kruslin v. France*, Requête 11801/85, Arrêt Strasbourg, Cour européenne des droits de l'homme, 24 avril 1990, § 29

<sup>764</sup> DE FROUVILLE, Olivier, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international...*, p. 61

<sup>765</sup> Pour la doctrine de la marge d'appréciation développée par les organes européens, voir *Linguistiques Belges*, Requêtes 1474/62, 1677/62, 1961/62, 1769/63, 1994/63, 2126/62, Rapport de la Commission européenne des droits de l'homme, 24 juin 1965; *Affaire Handyside v. Royaume-Uni*, Requête 5493/72, Arrêt, Cour européenne des droits de l'homme, Strasbourg, 7 décembre 1976, §§ 48-49.

<sup>766</sup> « *The provisions of the Covenant allowing for certain derogations in a public emergency are to be interpreted restrictively.* », *Syracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, elaborated by an international group of experts in a Symposium held in Syracuse in 1984, reproduit in *Human Rights Quarterly*, vol. 7, 1985, pp. 3-14, Principe 63; *Final Report on Monitoring States of Emergency: Queensland Guidelines for Bodies Monitoring Respect for Human Rights during States of Emergency*, International Law Association, 64<sup>th</sup> Conference, août 1990.

par conséquent, revêtent un caractère temporaire, même si de nombreuses dérogations tendent à s'éterniser dans le temps. Les clauses dérogatoires restreignent les circonstances dans lesquelles elles peuvent trouver application et définissent expressément quels droits sont indérogeables. En outre, le seuil d'applicabilité et les conditions de mise en œuvre ne se recoupent pas totalement. Les limitations sont liées à un droit spécifique et leurs buts paraissent plus larges que ceux des dérogations, mais ils sont limitativement énoncés dans les dispositions pertinentes. Les dérogations autorisent une suspension des droits antérieurement garantis, alors que les restrictions limitent les droits *ab initio*.<sup>767</sup> Finalement, l'Etat n'a pas besoin de proclamer officiellement qu'il restreint un droit.

La distinction majeure réside donc dans l'étendue de l'ingérence permise et le but que visent la limitation ou la dérogation apportée à la jouissance du droit. La dérogation est bien plus intrusive que la limitation, d'où des conditions d'application plus strictes. Il est vrai que toute limitation est encadrée par l'exigence de nécessité dans une société démocratique, ce qui n'est pas le cas pour les dérogations. L'indérogeabilité joue un rôle fondamental à ce niveau. Ce qui est appelé droit indérogeable peut être sujet à une limitation, vu que cette dernière constitue une ingérence moins ample qu'une dérogation. La limitation, bien qu'elle puisse être permanente, ne mène pas à la suspension du droit, mais à une application partielle de celui-ci. Une restriction équivaut à une tentative d'aménagement de l'exercice des droits. La dérogation est davantage assimilable à une ingérence libre, certes conditionnée, mais qui peut mener à une paralysie de la norme à laquelle elle s'applique, à une suspension temporaire de la jouissance des droits. Rusen Ergéc la compare d'ailleurs à une abrogation partielle et provisoire.<sup>768</sup> Pour cette raison, certains droits indérogeables sont limitables, car l'admissibilité des restrictions est indépendante du fait de savoir si une dérogation est permise.<sup>769</sup> Il existe au sein des conventions de protection des droits de l'homme trois catégories de droits, qui peuvent être identifiées en fonction de leur régime juridique:

---

<sup>767</sup> Alexander Kiss résume ainsi les différences entre limitations et dérogations:

« (a) *Limitations must be prescribed by national law, without any formality at an international level; they can be permanent; their scope is determined in the different provisions of the international instruments where a limitation clause is inserted.*

(b) *Derogations mostly do not need a formal national act; they have to be reported to an international organ; they are always temporary; they can concern all the rights and freedoms protected by the conventions which include a derogation clause with the exception of those rights and freedoms for which any derogation is explicitly excluded.* », KISS, Alexandre Charles, « Permissible Limitations on Rights »..., pp. 300 et suivantes.

<sup>768</sup> ERGEC, Rusen, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles* ..., p.35

<sup>769</sup> *Observation Générale N°29, Dérogations pendant un Etat d'urgence (article 4)*, adoptée par le Comité à sa 1950<sup>ème</sup> séance, le 24 juillet 2001, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 août 2001, § 7

- En premier lieu, les droits indérogeables et non-limitables, ou droits absolument intangibles. Les seules limitations permises à ces droits sont intrinsèques à chacun d'entre eux. Ces droits sont circonscrits étroitement, par leur propre définition et leur propre champ d'application. Toute action en dehors de ces limites constitue des atteintes illicites au droit.
- La deuxième catégorie de droits comprend les droits qui semblent limités uniquement par leur propre définition, mais qui peuvent être l'objet de dérogations pendant les états d'urgence. Ces droits ne sont pas limitables, mais peuvent être l'objet de dérogations. Ces droits fixent leurs limitations propres en temps normaux par un champ d'application prédéfini.
- Le dernier groupe de droits est logiquement constitué par les droits dérogeables en présence d'un danger public, ainsi que limitables en temps ordinaires.

La partie introductive énonce que tout droit de l'homme comportait un noyau irréductible. Néanmoins, des interrogations demeurent: l'existence de la distinction limitations-dérogations ne remet-il pas en cause cette affirmation ? La dérogation ne porterait-elle pas atteinte à la substance du droit? De plus, un droit illimitable est censé être un droit démocratiquement nécessaire, mais alors pour quelles raisons est-il possible de déroger à certains d'entre eux? Inversement, un droit indérogeable semble faire partie du noyau dur des droits de l'homme, il semble donc illogique que certains puissent être restreints ou faire l'objet de réserves. Il faudra comprendre quels sont les critères qui déterminent le niveau de protection accordé à chaque droit.

La dérogation n'implique aucunement la destruction du droit visé, ni n'entraîne le renversement de l'état de droit.<sup>770</sup> Pour Jacques Velu, il s'agit d'une substitution de la légalité normale par une légalité élargie adaptée à la situation d'exception.<sup>771</sup> Le droit de dérogation joue un rôle très

---

<sup>770</sup> « *The suspension of guarantees also constitutes an emergency situation in which it is lawful for a government to subject rights and freedoms to certain restrictive measures that, under normal circumstances, would be prohibited or more strictly controlled. This does not mean, however, that the suspension of guarantees implies a temporary suspension of the rule of law, nor does it authorize those in power to act in disregard of the principle of legality by which they are bound at all times. When guarantees are suspended, some legal restraints applicable to the acts of public authorities may differ from those in effect under normal conditions. These restraints may not be considered to be non-existent, however, nor can the government be deemed thereby to have acquired absolute powers that go beyond the circumstances justifying the grant of such exceptional legal measures. The Court has already noted, in this connection, that there exists an inseparable bond between the principle of legality, democratic institutions and the rule of law.* », *Advisory Opinion OC-8/87, Habeas Corpus in Emergency Situations, articles 27(2), 25(1) and 7(6) of the American Convention on human rights, requested by the Inter-American Commission on Human Rights, Cour interaméricaine des droits de l'homme, 30 janvier 1987, § 24.*

<sup>771</sup> VELU, Jacques, « Le droit pour les Etats de déroger à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en cas de guerre ou autre danger public menaçant la vie de la Nation », in *Les clauses*

particulier dans les systèmes de protection des droits de la personne, dans le sens où il peut servir à récupérer les restrictions spécifiques qui vont au-delà des prévisions du texte concerné. Il constituera dans ce cas le seul fondement à la suspension des droits non-assortis de restrictions.<sup>772</sup> Nous pourrions apprécier dans la suite du travail, que les droits « non-limitables » sont de plus en plus assimilés à des droits indérogeables. Cette attitude révèle l'importance octroyée à certains droits et la crainte qu'un trop-plein de liberté laissé aux Etats mènera inéluctablement à la destruction des droits de l'homme. En outre, cette tendance à la fusion entre les diverses catégories de droits répond à une volonté d'étendre le nombre de droits exclus du champ des dérogations. Comme les tenants de l'approche qui prône l'existence d'un *jus cogens* à effets élargis, les défenseurs des droits de l'homme désirent renforcer leur propre système. Si de nouveaux droits deviennent indérogeables, il faudra ultérieurement saisir les critères, qui leur permettent de passer dans le groupe des droits qui ne souffrent d'aucune suspension.

Il existe une propension à restreindre au maximum la portée des dérogations et à durcir les conditions d'application des clauses dérogoires. Aux yeux de certains internationalistes, les dérogations deviennent de moins en moins justifiées et il leur semble possible de faire face à des situations de crise, sans pour autant suspendre la jouissance de certains droits de l'homme. Certains Etats, comme l'Espagne, ont réagi à la récente menace terroriste, sans déroger aux conventions auxquelles ils sont parties. Ceci mène naturellement à nous interroger sur la pertinence de l'existence des dispositions dérogoires dans les traités en matière de droits de l'homme, et notamment à la lumière du dernier instrument régional adopté, à savoir la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* de 1981, qui est silencieuse sur la question des dérogations. Voici la problématique sur laquelle portera la section suivante: les traités de protection des droits de la personne ne contenant pas de clause dérogoire, permettent-ils ou non les dérogations? Et si la réponse donnée est positive, les conditions de mise en œuvre définie dans les textes sont-elles applicables, en tant que principes relevant du droit international coutumier? Avant d'aborder ces questions, la distinction entre les dérogations et les limitations sera précisée, par le recours à une analyse du régime juridique attaché à certains droits.

---

*échappatoires en matière d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, Quatrième Colloque du Département des droits de l'homme, Université Catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 75

<sup>772</sup> Ce qui a sous-tendu le raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'*affaire Klass v. Allemagne*, Requête 5029/71, Arrêt, Strasbourg, 6 septembre 1978

#### *iv. Illustrations*

Les quelques exemples proposés ont pour but de démontrer la complexité issue du fait que les définitions respectives des limitations, des exceptions et des dérogations aux droits de l'homme sont susceptibles de se croiser. Ainsi, un droit qui accepte d'être limité ne constitue pas automatiquement un droit dérogeable, et inversement.

#### Le droit à la vie<sup>773</sup>

Le droit à la vie, ou plus précisément le droit à ne pas être privé arbitrairement de son droit à vivre, est consacré par tous les instruments internationaux en matière de protection des droits de l'homme. La jurisprudence a affirmé à de nombreuses reprises l'importance de ce droit, en tant que condition nécessaire à la jouissance de tous les autres droits de l'homme.

« (...) la Cour, dans sa jurisprudence, accorde la prééminence à l'article 2 (*McCann et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 27 septembre 1995, série A n° 324, pp. 45-46, §§ 146-147). L'article 2 protège le droit à la vie, sans lequel la jouissance de l'un quelconque des autres droits et libertés garantis par la Convention serait illusoire. Il définit les circonstances limitées dans lesquelles il est permis d'infliger intentionnellement la mort, et la Cour a appliqué un contrôle strict chaque fois que pareilles exceptions ont été invoquées par des gouvernements défendeurs. »<sup>774</sup>

Le droit à la vie est inclus dans la liste des droits indérogeables, mais il se voit accompagné d'exceptions, strictement encadrées, qui limitent son champ d'application. La lecture des textes pertinents atteste que la privation de la vie peut être justifiée dans certains cas, lorsque celle-ci est légitime et non-arbitraire. Le droit à la vie ne représente pas un droit absolu. Toutefois, la portée de ce droit a été passablement étendue par l'interprétation des organes et tribunaux internationaux. Il ressort de la jurisprudence, qu'en plus de l'obligation d'abstention, il existe des obligations « positives » à la charge des Etats parties. Ils ont le devoir de défendre activement ce droit -le droit

---

<sup>773</sup> Article 2 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, article 6 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, article 4 de la *Convention interaméricaine des droits de l'homme*, article 4 de la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, article 5 de la *Charte arabe des droits de l'homme*. Voir **Annexe VI. B. 2. b.**

<sup>774</sup> *Affaire McCann et autres v. United Kingdom*, Cour européenne des droits de l'homme, Requête 17/1994/464/545, Jugement, 5 septembre 1995, § 147; *Affaire Pretty v. United Kingdom*, Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt, Requête 2346/02, 29 juillet 2002, § 37. Voir également, l'*affaire Streletz, Kessler et Krentz v. Allemagne*, Cour européenne des droits de l'homme, Requêtes 34044/96, 35532/97 et 44801/98, 22 mars 2001, §§ 92-94; *Affaire Suarez Guerrero v. Columbia*, Communication R.11/45, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/37/40), Comité des droits de l'homme, 31 mars 1982, §§ 12 et 13: «The right enshrined in this article is the supreme right of the human being. »; *John Khemraadi Baboeram, Andre Kamperveen, Cornelis Harold Riedewald, Gerald Leckie, Harry Sugrim Oemrawsingh, Somradj Robby Sohansingh, Lesley Paul Rahman and Edmund Alexander Hoost v. Suriname*, Communication 146/1983 and 148 to 154/1983, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/40/40), (1985), Comité des droits de l'homme, 4 avril 1985, § 14.3; *General Comment N°6 Right to Life*, (Sixteenth session, 1982), Comité des droits de l'homme, Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 6 (1994). L'ensemble de la jurisprudence met l'accent sur le caractère fondamental et inaliénable du droit à la vie, dont la jouissance effective est le pré-requis essentiel pour pouvoir bénéficier de tous les autres droits de l'homme.

à la vie devant être protégé par la loi- d'enquêter sur les violations présumées et de punir les responsables.<sup>775</sup>

Le droit à la vie est indérogeable, mais celui-ci est soumis à des exceptions et non à des limitations à proprement parler. Les exceptions ont pour objet « *d'écarter l'application des obligations générales dans des hypothèses particulières définies* ». <sup>776</sup> Prenons, à titre d'exemple, l'article 2 de la *Convention européenne*. Le droit à la vie, en plus de l'exception relative à la peine de mort, est suivi de trois exceptions, limitativement énumérées, prévoyant des cas de mort infligée de manière non-arbitraire.<sup>777</sup> Toute atteinte au droit à la vie, en dehors de ces exceptions, est interdite. Le deuxième paragraphe établit les conditions dans lesquelles l'Etat peut légalement avoir recours à la force, recours qui peut incidemment entraîner le décès d'individus. L'article 15 ajoute, et ceci est spécifique au régime européen, que l'indérogeabilité du droit à la vie ne tient pas pour des cas de décès résultant d'actes licites de guerre. Le droit des conflits armés autorise de tuer, mais seuls les combattants sont dotés de cette capacité, d'où l'expression « actes licites ». La protection du droit à la vie n'est pas illimitée, la Convention ne protégeant pas ce dernier dans toutes les situations. Toutefois, la privation de la vie ne doit pas affecter le caractère fondamental du droit, caractère qui dicte l'étendue des exceptions.

La possibilité d'imposer la peine de mort est une exception encore plus large, car celle-ci n'est pas le résultat accidentel d'une action. Elle est réellement constitutive d'une atteinte au droit à la vie. Lors de la rédaction des instruments en matière de droits de la personne, la peine capitale fut considérée comme un mal nécessaire. Il convenait en conséquence de réglementer cette peine: « *il s'agit de limiter les effets d'une pratique dont on voit qu'elle est condamnable, tant sur le plan moral que juridique, mais dont on est obligé d'admettre la regrettable persistance dans le monde* ». <sup>778</sup> La peine capitale doit être prévue par la loi et être prononcée par un tribunal compétent.<sup>779</sup> Certes, le *Protocole N°13 à la Convention européenne*, qui a succédé au *Protocole N° 6*, qui permettait encore l'imposition de la peine capitale pour des actes commis en temps de

---

<sup>775</sup> Voir par exemple, *affaire Nadaf v. République Fédérale d'Allemagne*, Commission européenne des droits de l'homme, 1986; *Affaire Lopez Ostra v. Espagne*, Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt, Strasbourg, Requête 16798/90, 9 décembre 1994; *Affaire Burrell v. Jamaïque*, Comité des droits de l'homme, Communication 546/1993, 1 août 1996, U.N. Doc. CCPR/C/53/D/546/1993 (1996).

<sup>776</sup> VIRALLY, Michel, *Les clauses échappatoires en matière d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme...*, p. 12

<sup>777</sup> Notons que le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et la *Convention interaméricaine* n'énumèrent pas les exceptions au droit à la vie, comme le fait la *Convention européenne*. Néanmoins, la notion de privation arbitraire du droit à la vie permet une interprétation ouvrant la voie aux exceptions.

<sup>778</sup> DE FROUVILLE, Olivier, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international...*, p. 114

<sup>779</sup> Le *Pacte* et la *Convention interaméricaine* exigent que la peine de mort soit uniquement prévue pour les crimes les plus graves.

conflit armé, a aboli la peine de mort,<sup>780</sup> le *Deuxième protocole au Pacte international relatif aux droits civils et politiques* encourage les Etats à l'abolir et le *Protocole du 8 juin 1990 à la Convention interaméricaine* prescrit l'obligation de ne pas exécuter cette sanction. De plus, la jurisprudence a consacré l'interdiction de la peine de mort à l'encontre des mineurs.<sup>781</sup> Les délimitations de plus en plus étroites apportées au droit à la vie au cours du temps ont mené à le transformer en droit quasi-intangible. Toutefois, le recours à la peine de mort est encore d'usage fréquent et de nombreux Etats ne sont pas parties aux textes interdisant la peine capitale. En définitive, il n'y a que le *Protocole 13 à la Convention européenne des droits de l'homme* qui soustrait le droit à la vie de toute limite, restriction, dérogation ou relativisation, relativement à la peine capitale.<sup>782</sup>

La peine de mort n'est ni une limitation, ni une dérogation au droit à la vie. En effet, elle peut être davantage perçue comme une anomalie au sein des instruments internationaux, car contrairement aux limitations ou aux dérogations, elle ne vise aucunement à concilier des intérêts légitimes qui se trouvent en conflit.

« *Death penalty is necessary to deter anti-social behaviour. (...) It is a limit, whose sole justification is the prudence of its drafters, aware of its anomaly, but fearful of alienating retentionist States and discouraging them from ratification.* »<sup>783</sup>

La problématique de la peine de mort affecte la logique propre aux droits de l'homme et son intégration dans les textes est difficilement conciliable avec une interprétation téléologique de ceux-ci. L'essence du droit à la vie est atteinte par la pratique de la peine capitale, qui peut être comparée à un corps étranger au sein des diverses techniques de modulation des obligations internationales. Pour cette raison, la jurisprudence des organes internationaux tend progressivement à reconnaître l'incompatibilité de la peine capitale avec l'esprit des instruments internationaux et à démontrer que ce régime est voué à disparaître.<sup>784</sup>

---

<sup>780</sup> La Cour européenne admet, ceci déjà avant l'adoption du *Protocole 13* que la peine de mort était abolie, en Europe, en temps de paix, dans l'*affaire Öcalan v. Turquie*, Requête 46221/99, Arrêt, 12 mars 2003, §§55-59. L'abolition s'applique à tous les Etats du Conseil de l'Europe, qu'ils soient ou non parties au Protocole 6. Elle a donc acquis une valeur coutumière. La question se pose de savoir s'il s'agit d'une norme coutumière universelle, mais à ce niveau là, il est indéniable que la pratique manque cruellement de généralité.

<sup>781</sup> *Case Roach and Pinkerton v. United States of America*, Report 3/87, Inter-American Commission on human rights, case 96-47, 1987: l'interdiction de la peine capitale fut considérée comme une norme de *jus cogens* régionale.

<sup>782</sup> Articles 1 à 3 du Protocole 13.

<sup>783</sup> SCHABAS, William, A., *The Abolition of Death Penalty in International Law*, 2<sup>nd</sup> Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 1997, p. 43

<sup>784</sup> Une nette tendance vers l'abolition de la peine capitale est présente dans la jurisprudence. Voir, l'*affaire Soering v. Royaume-Uni*, Requête 14038/88, Arrêt, Strasbourg, Cour européenne des droits de l'homme, 7 juillet 1989, §§102-103; *Advisory Opinion OC-3/83, Restrictions to the death penalty, articles 4(2) and 4(4) of the American Convention on human rights*, requested by the Inter-American Commission on Human Rights, Cour interaméricaine des droits de l'homme, 8 septembre 1983, pp. 299-307; *General Comment 6, Article 6* (Sixteenth session, 1982), Comité des droits de l'homme, *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 6 (1994); *Kindler v. Canada*, Communication No. 470/1991, Comité des

Le droit à la vie possède un statut hybride: indérogeable, mais non-absolu, droit élémentaire et fondamental, il a néanmoins reçu un traitement « ordinaire » relativement à l'examen de ses exceptions. L'évolution de son régime juridique prouve toutefois que la frontière entre droits absolus et droits limitables ou soumis à des exceptions est mouvante et dépendante de la lecture offerte par les instances internationales et les autres voix ayant autorité, ainsi que de leurs sensibilités et de leurs valeurs, tant juridiques, qu'axiologiques.

### La liberté de pensée, de conscience et de religion

Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, ainsi que la *Convention interaméricaine*, incluent dans la liste de leurs droits indérogeables, la liberté de pensée, de conscience et de religion.<sup>785</sup> Le fait qu'un droit soit conventionnellement indérogeable ne signifie pas qu'il ne peut être limité dans certaines situations. La liberté de pensée, de conscience et de religion peut en effet être restreinte pour des motifs liés à la protection de l'ordre public et de la sécurité de la nation, ainsi qu'au nom de la défense des droits d'autrui. La limitation est supposée affecter uniquement l'aspect externe de la liberté, à savoir le droit de manifester sa religion ou d'exprimer sa pensée. Pourquoi donc cette liberté est-elle incluse dans la liste des droits non-sujets aux dérogations, alors qu'elle peut être limitée? Certains droits, comme la liberté d'expression ou de mouvement ne paraissent pas être plus dangereux que cette dernière, mais sont cependant dérogeables?

On peut supposer que les rédacteurs des instruments aient considéré à juste titre que la liberté de pensée, de conscience et d'adhérence à une religion sont des activités passives, qui ne sont pas susceptibles d'entraver l'effort des autorités d'un Etat pour faire face à une menace. Il s'ensuit que les délégués admirent le principe qu'aucune restriction légale ne pouvait être imposée « *upon man's inner thought or moral consciousness* ». Mais ceci est également vrai pour la liberté d'avoir une opinion, droit qui est dérogeable en situation d'urgence. Il est intéressant de noter que même si l'article 19 du *Pacte* est susceptible de dérogation, son premier paragraphe n'est pas accompagné de limitations, alors que la liberté d'expression énoncée au second paragraphe se voit associé une clause d'ordre public. Il est clair que la liberté d'opinion aurait dû être intégrée dans la liste des droits indérogeables de l'article 4. La Comité des droits de l'homme a reconnu que ce droit ne

---

droits de l'homme, *U.N. Doc. CCPR/C/48/D/470/1991*, (1993), 30 juillet 1993, p. 410; *Chitat Ng v. Canada*, Communication 469/1991, Comité des droits de l'homme, *U.N. Doc. CCPR/C/49/D/469/1991* (1994), 5 novembre 1993, p. 217.

<sup>785</sup> Article 18 du *Pacte* et article 12 du texte américain. La *Convention interaméricaine* limite la dimension indérogeable à la liberté de conscience et de religion. L'article 13, qui réunit les libertés d'expression et de pensée, ne fait pas partie des dispositions indérogeables.

souffrait d'aucune exception, ni limitation, sans pour autant en déclarer l'indérogeabilité.<sup>786</sup> Il est évident que l'aspect externe de la liberté de conscience, de pensée et de religion correspond à un droit « actif » qui peut potentiellement affecter le droit des autres individus ou la sécurité publique, au vu du nombre de religions et de croyances existantes et des divergences relatives à leur bien-fondé et à la manière de les pratiquer. Le droit est une affaire d'extériorité et de relations sociales: lorsque qu'un droit ou une liberté présentent une dimension interne et une dimension externe, une différence de régime juridique se doit de traduire cette dualité.

Les deux exemples fournis illustrent le fait que les Etats ont à disposition plusieurs techniques conventionnelles qui leur permettent de s'ingérer dans l'exercice des droits des individus ou ne pas en assurer totalement la jouissance: limitations, dérogations ou exceptions. Tant que l'Etat respecte certaines conditions fondamentales, il ne transgresse pas ses obligations. Les régimes conventionnels des droits de l'homme ont pour objet de définir ces conditions, qui justifient les atteintes aux droits.<sup>787</sup> La spécificité des régimes dérogatoires, par rapport aux autres techniques, réside dans le champ d'application de ces derniers, menace exceptionnelle mettant en péril la nation; les limitations ont pour but de participer à la défense de l'intérêt général et des droits d'autrui en temps de normalité. Dans les deux cas, une pesée des intérêts est entreprise, mais ce qui diffère est le motif qui légitimise la mesure portant atteinte au droit: d'un côté, le maintien de l'ordre public et de l'autre, la restauration du *statu quo ante*. La différence de régime juridique ne dit rien sur la fundamentalité du droit en question: un droit indérogeable n'est, *a priori*, pas plus important qu'un autre.

Après cet examen des clauses d'accommodation prévues dans le droit conventionnel, il faudra répondre dans la partie suivante à une interrogation fondamentale: les traités ne comprenant pas de clauses dérogatoires autorisent-ils les Etats à suspendre leurs obligations lors de la survenance d'un danger public, et si tel est le cas, les conditions que définies ci-dessus lient-elles les Etats, en vertu du droit international coutumier ?

---

<sup>786</sup> *General Comment N° 10, Article 19- Freedom of Expression*, 29 juin 1983, §1

<sup>787</sup> Par atteinte, on entend : « *Toute action ou omission d'un Etat qui entre en conflit avec un droit protégé* », in DE FROUVILLE, Olivier, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international...*, p. 62

## **b. Absence de clause dérogatoire et valeur coutumière du mécanisme et de ses conditions d'application**

La *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* ne contient pas de clause de dérogation, tout comme d'autres conventions en matière de protection des droits de l'homme. Citons le *Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, certaines *conventions relatives au droit du travail*,<sup>788</sup> la *Convention relative aux droits de l'enfant*,<sup>789</sup> la *Convention sur les droits politiques de la femme*, la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* ou encore, la *Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant de juillet 1990*.<sup>790</sup> Il est alors légitime de se demander si cette absence équivaut à un droit d'ingérence illimité donné aux Etats, qui seraient alors pourvus d'un pouvoir discrétionnaire de restreindre leurs obligations, voire de s'en libérer totalement, à condition qu'ils respectent les procédures de suspension ou de terminaison des traités, telles que codifiées dans la *CVDT*. *A contrario*, ce silence peut-il être interprété comme conférant à l'ensemble de ces traités un caractère indérogable?

Ces instruments énoncent des droits, qui pour certains peuvent être l'objet de limitations. Ce qui est manifeste à première vue est que les Etats parties à un traité, quel qu'il soit, sont liés par ses dispositions en vertu du principe *pacta sunt servanda*. De plus, comme noté ci-dessus, le droit de déroger aux règles de droit constitue une institution inhérente à tout système juridique. En effet, il existe des périodes où il devient impossible de respecter la légalité ordinaire. Dans une optique d'approfondissement du raisonnement, il faut aussi s'intéresser à la problématique des Etats qui ne sont pas parties aux traités en matière de droit de l'homme. Il est nécessaire, par conséquent, de clarifier la valeur coutumière des clauses de dérogation et de leurs conditions d'application.

Il a été soutenu que la présence de clauses de limitation dans certains traités rendait l'inclusion d'une disposition dérogatoire inutile. A propos du *Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, le Président du Comité a donné la raison suivante expliquant cette absence :

« (...) 2. *The existence of a general limitations clause in the Covenant, unlike the approach adopted in the Covenant of Civil and Political Rights (...)* »<sup>791</sup>

---

<sup>788</sup> *Convention sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical* du 9 juillet 1948. Nous reviendrons en détails sur la question spécifique du droit international humanitaire. Les conventions en la matière ne contiennent pas de clause dérogatoire.

<sup>789</sup> *Convention relative aux droits de l'enfant*, adoptée par l'Assemblée générale dans sa Résolution 44/25 du 20 novembre 1989. Celle-ci précise néanmoins le régime applicable en temps de conflit armé à son article 38, en procédant à un renvoi au droit international humanitaire applicable par les Etats parties à la Convention. L'enfant est donc protégé par les normes humanitaires reconnues par les Etats parties.

<sup>790</sup> Egalement, la *Convention pour l'abolition de l'esclavage*, la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*.

<sup>791</sup> Cité par Leandro Despouy, *Administration de la Justice, Etat de droit et Démocratie, Question des droits de l'homme et des états d'exception, Huitième rapport annuel et liste des Etats qui, depuis le 1er janvier 1985, ont*

Une explication analogue a été offerte pour justifier la non-insertion d'une clause dérogatoire dans la *Charte africaine*, à savoir que les clauses de limitation sont d'une généralité telle, qu'il n'est point besoin de mécanisme de dérogation.<sup>792</sup>

De nombreux efforts ont été entrepris pour codifier et préciser les règles relatives aux états d'exception, notamment au sein d'organismes privés ou dans le cadre de la Conférence sur la Sécurité et la Coopération en Europe.<sup>793</sup> Des travaux ont été menés par la Sous-commission des droits de l'homme des Nations Unies, par les rapporteurs spéciaux Despouy et Questiaux.<sup>794</sup> Cette dernière a réalisé une série de rapports, qui ont abouti à une étude présentée en 1982, qui visait la mise en place de conditions et critères devant être respectés lors de la proclamation d'états d'urgence par les Etats, ceci dans le but de préserver, dans la plus grande mesure du possible, les droits de l'homme.<sup>795</sup> L'expert argentin Leandro Despouy fut, par la suite, nommé pour poursuivre cette réflexion. Parallèlement à l'élaboration de listes des Etats ayant proclamé un état de crise, le rapporteur eut pour mission de dégager des principes directeurs relevant du droit international

---

*proclamé, prorogé ou abrogé un état d'exception*, présenté par M. Leandro Despouy, rapporteur spécial nommé en application de la résolution 1985/37 du Conseil économique et social, Additif, quarante-septième session, E/CN.4/Sub.2/1995/20/Add.1, 10 novembre 1995, p. 49

<sup>792</sup> « 67. *In contrast to other international human rights instruments, the African Charter does not contain a derogation clause. Therefore limitations on the rights and freedoms enshrined in the Charter cannot be justified by emergencies or special circumstances.*

68. *The only legitimate reasons for limitations to the rights and freedoms of the African Charter are found in Article 27.2, that is that the rights of the Charter "shall be exercised with due regard to the rights of others, collective security, morality and common interest.*

69. *The reasons for possible limitations must be founded in a legitimate state interest and the evils of limitations of rights must be strictly proportionate with and absolutely necessary for the advantages which are to be obtained.*», *Media Rights Agenda and Constitutional Rights Projects v. Nigeria*, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Communications 105/93, 128/94, 130/94, 152/96, 31 octobre 1998

<sup>793</sup> Voir *Syracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, elaborated by an international group of experts in a Symposium held in Syracuse in 1984, reproduit in *Human Rights Quarterly*, vol. 7, 1985, pp. 3-14, ainsi que la *Conférence sur la dimension humaine*, Moscou, septembre 1991 et *Document de la conférence sur la dimension humaine de la CSCE*, Copenhague, 29 juin 1990, [www.osce.org/docs/english/1990-1999/hd/cope90e.pdf](http://www.osce.org/docs/english/1990-1999/hd/cope90e.pdf), consulté 12 janvier 2008, *Charte de Paris pour une nouvelle Europe*, 21 Novembre 1990, [http://www.hrni.org/files/instruments/HRNi\\_FR\\_944.html](http://www.hrni.org/files/instruments/HRNi_FR_944.html), consulté le 24 mars 2008, *Document de la conférence sur la dimension humaine de la CSCE*, Moscou, 3 octobre 1991, [www.osce.org/docs/french/1990-1999/hd/mosc91f.pdf](http://www.osce.org/docs/french/1990-1999/hd/mosc91f.pdf), consulté 12 janvier 2008; *Oslo Statement on Norms and Procedures in Times of Public Emergency or Internal Violence*, 17 June 1987, reproduit dans *Netherlands Journal on Human Rights*, vol. 3, 1987; *Declaration of Minimum Humanitarian Standards*, Turku/Abö, 2 décembre 1990, [web.abo.fi/institut/imr/publications/publications\\_online\\_text.htm](http://web.abo.fi/institut/imr/publications/publications_online_text.htm), consulté le 29 février 2008

LILLICH, Richard B., « The Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency », *American Journal of International Law*, vol. 79, 1985, pp. 1072-1081; LILLICH, Richard B., « Queensland Guidelines for Bodies monitoring Respect for Human Rights during States of Emergency », *American Journal of International Law*, vol. 85, 1991, pp. 716-720. Voir également, **l'introduction du chapitre III, note de bas de page 616.**

<sup>794</sup> Ces travaux trouvent leur origine dans la *Résolution 10 (XXX) du 31 août 1977 de la Sous-commission*, à une période hautement marquée par la proclamation d'états d'exception, notamment en Amérique latine.

<sup>795</sup> *Etude sur les conséquences pour les droits de l'homme des situations dites d'état de siège ou d'exception*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1982/15, trente-cinquième session, 27 juillet 1982 présentée par le Rapporteur spécial, Mme Nicole Questiaux

général et censés être applicables dans tous les cas.<sup>796</sup> Les grands principes mis en lumière par les deux rapporteurs sont les suivants, mais il n'a pas été précisé lesquels relevaient du droit international coutumier:

- principe de légalité, car « l'état d'exception est une institution de l'état de droit »;
- principe de proclamation dans l'ordre interne et le principe de notification dans l'ordre international;
- principe de menace exceptionnelle;
- principe de temporalité;
- principes de nécessité et de proportionnalité;
- interdiction de la discrimination;
- principe de compatibilité, de concordance et de complémentarité avec les autres règles du droit international, conventionnelles ou coutumières;
- principe des droits non-susceptibles de dérogation.

Un consensus relativement large a émergé relativement aux canons généralement applicables lors de périodes d'exception. Ce constat est confirmé, non seulement par les similitudes entre les diverses clauses dérogatoires incluses dans des traités multilatéraux, mais aussi par les travaux des organes officiels des Nations Unies et des organisations non-gouvernementales, ainsi que par les commentaires doctrinaux en la matière. De plus, la pratique des organes judiciaires et quasi-judiciaires tendent à reconnaître que l'existence de certains principes coutumiers. L'absence d'opposition de la part des Etats à l'application des principes développés ci-dessus est une preuve supplémentaire de leur statut coutumier. Finalement, il est possible d'observer une grande uniformité des législations nationales régulant les états d'exception. Des traits communs peuvent être dégagés, par-delà quelques différences mineures: circonstances anormales d'une extrême gravité, nature provisoire et nécessaire des mesures dérogatoires, indérogeabilité de certains droits et publicité des mesures dérogatoires.

La pratique de la Commission interaméricaine des droits de l'homme se révèle être intéressante, car elle a expressément admis que les principes liés aux états d'urgence, tels que codifiés dans la *Convention interaméricaine*, pouvaient être étendus aux Etats non-parties à cette dernière:

*« 23. Article 27 of the American Convention on Human Rights, to which the Commission makes reference in the above-cited passage from its report, is conclusive in this regard. Despite the fact that the Convention has not yet entered into force, Article 27 is quoted below because its content is a reflection of convictions and beliefs that are firmly rooted in the minds of our peoples: (...)»<sup>797</sup>*

<sup>796</sup> Voir *UN Doc.E/CN.4/Sub.2/1985/19*, 17 juin 1985 et *UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/19*, 23 juin 1997, il s'agit du 10<sup>ème</sup> rapport de Mr. Despouy.

<sup>797</sup> *Report on the situation of human rights in Paraguay*, OEA/Ser.L/V/II.43, doc. 13 corr. 1, 31 January 1978, § 23 et *OEA/Ser.L/V/II.71*, Doc. 19 rev. 1, 28 September 1987. Le Paraguay n'était pas partie à la *Convention interaméricaine* à cette date et n'était lié que par la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*, en tant que reflet du droit

Bien que peu d'éléments ne soient fournis à l'appui de cette thèse, l'organe tend à accorder un caractère coutumier aux standards développés à l'article 27 de la *Convention* et, par conséquent, étend son application aux Etats non parties. Néanmoins, l'existence d'une coutume régionale sur le continent américain ne présume en rien de l'existence des critères coutumiers au niveau universel. Les clauses dérogatoires incluses dans les divers traités en matière de protection des droits de l'homme ne pouvaient être considérées, au moment de la conclusion de ces derniers, comme une codification du droit coutumier. Aussi bien la *Convention européenne* que les *Pactes internationaux de 1966* constituent des tentatives inédites de réguler le droit international des droits de l'homme. Mais, il est indéniable que depuis lors, certains principes mentionnés ci-dessus ont acquis une valeur relevant du droit international coutumier, ou sont, tout du moins, en voie de cristallisation.<sup>798</sup> Certains organes des Nations Unies ont également adopté cette position. Citons comme exemple le cas du Groupe de Travail ad hoc, qui appliqua l'article 4 du *Pacte relatif aux droits civils et politiques* au Chili, avant l'entrée en vigueur du traité à l'égard de ce dernier. Le Groupe enjoignit le Chili de respecter les critères de la disposition, en tant que reflet du droit international général:

« Article 4 [of the Covenant] (...) which has been ratified by Chile and is expected to enter in force on 23 March 1976, may be considered as reflecting the general international law of human rights on the subject of emergency situations and limitations of human rights. »<sup>799</sup>

Les Etats non parties à des traités en matière de droits de l'homme, ou parties à des conventions ne contenant pas de clause dérogatoire, sont donc liés par certains principes relevant du droit international coutumier. Toutefois, la question de l'absence de clause dérogatoire peut poser un autre problème. On peut concevoir que les Etats parties à un traité, qui n'aborde pas la question des dérogations de façon expresse, sont en quelque sorte liés par une *lex specialis*, constituée par ledit traité. Par conséquent, les Etats ne seraient pas contraints de respecter les standards d'application des clauses dérogatoires. Le Président du Comité des droits économiques, sociaux et

---

coutumier. La déclaration ne contient pas de clause dérogatoire. Les principes que la Commission estima relever du droit international coutumier sont: le principe de menace exceptionnelle, le caractère provisoire des mesures, l'indérogeabilité de certains droits fondamentaux et le principe de proportionnalité. Voir également *Report on the situation of human rights in Chile OEA/Ser.L/V/II.34*, doc. 21 corr.1, 25 October 1974 et *OEA/Ser.L/V/II.66*, Doc.17, 9 September 1985; *Report on the situation of human rights in Argentina*, OEA/Ser.L/V/II.49, Doc. 19 corr.1, 11 April 1980; et *Report on Terrorism and Human Rights*, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., 22 October 2002: «51. According to the doctrine of the inter-American human rights system, the ability of states to take measures derogating from protections under the human rights instruments to which they are bound is strictly governed by several conditions, which are in turn broadly regulated by the generally recognized principles of proportionality, necessity and non-discrimination. »

<sup>798</sup> Jaime Oraa cite: le principe de menace exceptionnelle, le principe de proportionnalité et le principe d'indérogeabilité. Il se pose des questions sur la valeur coutumière du principe de non-discrimination, mais il accepte qu'il ait atteint un stade avancé de cristallisation. Les principes formels sont purement conventionnels, bien que certains puissent devenir coutumiers. ORAA, Jaime, «The Protection of Human Rights in Emergency Situation under Customary International Law», in GOODWIN-GILL, Guy, TALMON, Stefan, (Eds.), *The reality of international law: essays in honour of Ian Brownlie*, Oxford, Clarendon Press, 2003, pp. 430-435

<sup>799</sup> *UN Doc. A/10285* du 7 octobre 1975, § 106 et *UN Doc.E/CN.4/1188* du 4 février 1976, § 59

culturels a émis l'avis que toute mesure incompatible avec le *Pacte* peut être admise « *dans la stricte mesure où la situation l'exige* » et a ajouté, que le principe énoncé à l'article 4, selon lequel toute limitation doit « *être compatible avec la nature de ces droits* », peut servir de base pour inférer l'existence de certains droits indérogeables.<sup>800</sup> Il est facile de comprendre pour quelle raison ce Pacte ne comporte pas de clause dérogoire : les obligations qu'il génère laissent une marge de manœuvre, plus ou moins grande, et une flexibilité aux Etats parties relativement à la manière dont ils appliqueront leurs engagements. La grande majorité des droits énoncés ont, en outre, une nature programmatrice, exigeant une mise en œuvre progressive.

Comment justifier l'absence de clause dérogoire dans la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* ? Elle pourrait être certes expliquée par la situation politique des Etats du continent, ravagés par de trop nombreux conflits et soumis à des régimes autoritaires, refusant de réguler leurs compétences souveraines et d'autant plus celles ayant trait aux états d'urgence. Rien de tel ne peut être trouvé dans les travaux préparatoires. A défaut d'un mécanisme dérogoire, la *Charte africaine* inclut en son sein une clause générale de limitation à son article 27§2,<sup>801</sup> ainsi que des *clawback clauses*, ou clauses de récupération, à ses articles 8 à 14.<sup>802</sup> Ces dernières permettent aux Etats de restreindre les droits garantis dans les limites autorisées par le droit national et dotent les Etats d'un large pouvoir d'ingérence dans les droits et libertés.<sup>803</sup> Ces dispositions sont peu précises et la législation de la plupart des Etats africains concernant les états d'urgence est très répressive. Les lois nationales incluent tout de même généralement une liste de droits indérogeables. Il ressort de la jurisprudence, que les organes africains ont interprété ces clauses de

---

<sup>800</sup> *Rapport de la Réunion d'Experts sur les droits non susceptibles de dérogation dans les Etats ou situations d'exception, Annexe 1 du 8<sup>ème</sup> Rapport annuel et liste des Etats qui, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1985, ont proclamé, prorogé ou abrogé un état d'exception, E/CN.4Sub.2/1995/20, présenté par M. Leandro Despouy, Rapporteur Spécial à la quarante-septième Session de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, 31 juillet-25 août 1995, reproduit dans PREMONT, Daniel, STENERSEN, Christian, OSEREDCZUK, Isabelle (Eds.), *Droits Intangibles et Etats d'Exception*, ..., p. 13*

<sup>801</sup> « *Les droits et les libertés de chaque personne s'exercent dans le respect du droit d'autrui, de la sécurité collective, de la morale et de l'intérêt commun.* » La clause générale de limitation vise davantage à prévenir l'exercice abusif par l'individu de ses droits et de ses libertés, qu'à circonscrire la faculté des Etats de limiter cet exercice, mais peut servir de grille d'interprétation des autres dispositions limitatives associées aux droits. Elle suggère en effet que les droits et libertés ne sont pas absolus et spécifie les bases des limitations pouvant être apportées à ces derniers.

<sup>802</sup> Rosalyn Higgins définit une *clawback clause* comme « *a clause that permits, in normal circumstances, breach of an obligation for a specified number of public reasons* », qu'elle distingue donc des dérogations qui permettent « *a suspension or a breach of certain obligations in circumstances of war or public emergency* », HIGGINS, Rosalyn, « *Derogations under Human Treaties* », ..., p. 281 Cette définition de la *clawback clause* est trop proche de celle des limitations, en effet les *clawback clauses* tendent à accorder un pouvoir discrétionnaire à l'Etat de limiter le droit en fonction de sa propre législation.

<sup>803</sup> Les droits qui ne sont assortis d'aucune limitation sont rares dans la *Charte africaine*. Il s'agit des droits économiques, sociaux et culturels, du droit à la reconnaissance de sa personnalité juridique et à une protection contre toute forme d'exploitation et d'avilissement (article 5) et du droit à une bonne administration de la justice (Article 7).

manière restrictive, en mettant prioritairement l'accent sur la jouissance effective des droits prescrits.<sup>804</sup>

« [A limitation] must be founded in a legitimate state interest and the evils of limitations of rights must be strictly proportionate with and absolutely necessary for the advantages which are to be obtained. (...) A limitation that will make a promised right illusory will not be countenanced.  
»<sup>805</sup>

De plus, « [the mention of the clawback clause] is not a license for states to use domestic laws to justify deprivation of person's freedom».<sup>806</sup> Patrice Meyer-Bisch considère néanmoins ces clauses comme des véritables dispositions potestatives, qui « suppriment de fait tout résidu intangible».<sup>807</sup>

L'absence de clause de dérogation au sein de cet instrument peut, soit signifier que les rédacteurs du texte ont délibérément exclu la possibilité de déroger, mais il faudrait alors démontrer l'existence d'un consensus dans ce sens, vu que la *Charte* n'interdit pas expressément les dérogations; soit que les Etats ont entendu se réserver cette prérogative, sans pour autant en spécifier les conditions. Il paraît indispensable de saisir, si les limitations spécifiques aux droits peuvent servir de palliatif à une clause de dérogation ou, si les Etats doivent se tourner vers le droit international général, lorsqu'ils désirent suspendre leurs obligations.

Les clauses de limitation, qui restreignent *ab initio* la plupart des droits garantis par la *Charte africaine*, imposent deux conditions: les restrictions doivent être prévues par la loi et doivent viser la protection d'intérêts précis (nécessité). Les articles 4 (droit à la vie) et 6 (droit à la liberté et à la sécurité) posent uniquement la condition du défaut d'arbitraire. La majorité de ces clauses sont formulées de manière imprécises et sont, de ce fait, facilement manipulables. De plus, elles ne contiennent pas de référence au concept de société démocratique, qui joue le rôle, dans les autres systèmes de protection, de critère d'évaluation de l'acceptabilité des limitations. Il demeure, qu'en tant que traité de droit international, la *Charte africaine* doit être interprétée de bonne foi, selon le sens ordinaire de ses termes, de son contexte, et de son objet et de son but, à savoir octroyer des droits à l'individu et lui permettre d'en bénéficier. N'oublions pas que toute limitation à un droit doit être interprétée de la manière la plus restrictive possible, « la liberté doit rester la règle et sa

---

<sup>804</sup> *Civil Liberties Organisation in re Nigeria Bar Association v. Nigeria*, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Communication 101/93, mars 1995

<sup>805</sup> *Media Rights Agenda and Others v. Nigeria*, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Communications 105/93, 128/94, 130/94, 152/96, 31 octobre 1998, §§ 69-70

<sup>806</sup> *Purohit and Moore v. Gambia* Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Communication 241/2001, May 2003, § 64

<sup>807</sup> MEYER-BISCH, Patrice, *Le corps des droits de l'homme*, ..., p. 272

*limitation l'exception* »;<sup>808</sup> une limitation ne doit jamais entraîner la destruction totale du droit en question.

Il est apparu pertinent de donner une interprétation de la présence des *clawback clauses* dans la *Charte africaine*, ainsi que du silence de la Charte sur les dérogations. Les droits énoncés aux articles 8 à 14, droits pouvant être restreints, sont accompagnés des expressions, « *sous réserve de se conformer aux règles édictées par la loi* » ou « *dans le cadre des lois et règlements* ». Les organes africains peuvent entreprendre une lecture de ces termes, au regard de la législation nationale de chaque Etat, mais ils peuvent aussi se référer aux autres instruments internationaux, en vertu de l'article 60 de la *Charte*.<sup>809</sup> Les limitations deviennent alors plus précises et encadrées par davantage de garanties. Ce raisonnement peut être également appliqué à la question des dérogations. La Commission africaine a interprété l'absence de clause dérogatoire. L'idée directrice développée par cette dernière dans diverses affaires est celle de « *la substitution par la clause de limitation* ». <sup>810</sup> La Commission, après avoir affirmé que des situations exceptionnelles ne justifiaient pas les dérogations aux droits garantis, arriva à la conclusion que le contrôle qu'elle a pour mission d'effectuer sur une dérogation est soumis aux mêmes conditions que le contrôle exercé sur une limitation. Elle souligna la logique commune aux deux mécanismes: il ne s'agit pas de la disparition de la protection juridique, mais un abaissement du seuil de cette dernière. Cependant, les dérogations et les restrictions ont des objectifs différents et elles ne sont pas soumises aux mêmes conditions. Ce rapprochement malheureux réalisé par les organes africains se heurte à une limite, à savoir la question des droits indérogables. Si un Etat partie à la *Charte africaine* veut déroger à une de ses obligations, il devrait se tourner vers le droit international

---

<sup>808</sup> VASAK, Karel, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, L.G .D.J, 1964, p. 68

<sup>809</sup> Article 60 : « *La Commission s'inspire du droit international relatif aux droits de l'homme et des peuples, notamment des dispositions des divers instruments africains relatifs aux droits de l'homme et des peuples, des dispositions de la Charte des Nations Unies, de la Charte de l'Organisation de l'Unité africaine, de la Déclaration Universelle des droits de l'homme, des dispositions des autres instruments adoptés par les Nations Unies et par les pays africains dans le domaine des droits de l'homme et des peuples ainsi que des dispositions de divers instruments adoptés au sein d'institutions spécialisées des Nations Unies dont sont membres les parties à la présente Charte.* »

<sup>810</sup> SERMET, Laurent, « De la carence dans la Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples de la clause de dérogation aux droits de l'homme », *RGDIP*, 2005-II, vol.109, p. 397

Voir les affaires suivantes: *Constitutional Rights Project, Civil Liberties Organisation and Media Rights Agenda v. Nigeria*, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Communication 102/93, 31 octobre 1998, §§ 67 et suivants: « (...) *La Charte ne contient pas de clause de dérogation. C'est pourquoi les limitations des droits et libertés reconnues dans la Charte ne peuvent pas être justifiées par l'urgence ou des circonstances spéciales. Les seules raisons légitimes (...) se trouvent dans l'article 27§2 qui dispose que les droits de la Charte s'exercent dans le respect des droits d'autrui, de la sécurité collective et de l'intérêt commun.* »; *Amnesty International and Others v. Sudan*, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Communications 48/90, 50/91, 89/936, novembre 1999, §§ 80 et suivants: « *Lorsqu'il est nécessaire de déroger aux droits fondamentaux, la restriction doit être aussi minimale que possible et ne pas ruiner les droits fondamentaux garantis par l'ordre juridique international.* »; *Commission Nationale des Droits de l'Homme et des Libertés v. Tchad*, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Communication 74/92, octobre 1995, §21: l'état de guerre civile du Tchad ne justifie pas l'abstention de l'Etat de protéger et garantir les droits de la Charte.

général et non se calquer sur le régime des limitations instauré par l'instrument. Il peut, comme nous le verrons dans la partie qui suit, employer les règles en matière de suspension des traités internationaux.

L'absence de clause de dérogation dans un traité relatif aux droits de l'homme n'a pas pour effet de priver automatiquement un Etat de son droit de dérogation, mais le risque d'interprétation extensive paraît inéluctable. Sans critères précis, les Etats vont abuser de leur droit et cette attitude constitue une menace d'autant plus grande à des droits vulnérables en période de crise. Ceci conduit directement à la problématique principale du présent chapitre, à savoir l'identification des droits de l'homme indérogables. En l'absence d'une liste de droits, qui ne peuvent être suspendus sous aucun prétexte, quels sont les critères qui permettent d'affirmer le caractère indérogable d'un droit? Quelles sont les raisons qui expliquent que les clauses dérogatoires, incluses dans les conventions pertinentes, divergent quant à la définition de ces droits? Voici les interrogations qui constitueront le cœur de la **partie 2**. Avant d'aborder cette thématique, il sera mis en exergue l'unicité de clauses dérogatoires, incluses dans les traités protégeant les droits humains, par l'entremise d'une brève analyse comparative, qui touchera à d'autres domaines du droit international.

### **c. Nature spécifique des clauses dérogatoires, droit international des traités et droit de la responsabilité internationale des Etats**

L'examen de la doctrine démontre une tendance des spécialistes du droit international de mettre l'accent sur le caractère très spécifique des clauses de dérogation. Ces dispositions ont fréquemment mené à des problèmes d'interprétation et à de nombreuses discussions concernant leur nature. Perçues tantôt comme des soupapes de sûreté à disposition des Etats, tantôt comme des brèches dans les systèmes de protection des droits de l'homme, elles se prêtent à une comparaison avec d'autres théories juridiques justifiant le non-respect, total ou partiel, des obligations contractées.

L'existence de circonstances exceptionnelles n'est pas supposée être une « cause d'altération » des droits humains, mais plus exactement une « *cause valable d'abaissement du seuil de protection juridique* ». <sup>811</sup> Les droits subsistent, la situation d'exception étant uniquement invoquée pour justifier des actes non-conformes à l'obligation de respect assumée par les Etats. L'opinion de certains auteurs qui affirment, que la clause de dérogation équivaut à la négation totale des droits

---

<sup>811</sup> MAIA, Catherine, « De la signification des clauses de non-dérogation en matière d'identification des droits de l'homme impératifs », ...p. 52

et des libertés reconnus dans les traités, est dépourvue de fondement.<sup>812</sup> La dérogation a pour but premier de suspendre partiellement et temporairement, et non de supprimer, certaines obligations à la charge des Etats. Dans cette perspective, Rusen Ergec compare la clause de dérogation à une clause de suspension, telle que définie dans le droit international des traités.<sup>813</sup> Il note que l'origine de cette clause est à trouver dans la proposition britannique, qui fut avant tout motivée par la nécessité de se délier de certaines obligations en période de conflit armé. Il est vrai que l'on peut rapprocher dérogation et suspension. Premièrement, la dérogation, tout comme la suspension, est provisoire. De plus, la suspension et la dérogation n'affectent pas nécessairement l'ensemble du traité, les dispositions visées restant en vigueur. « *Ce n'est point l'ensemble de la Convention qui est suspendue, mais bien certaines dispositions normatives.* »<sup>814</sup> Finalement, l'existence d'un danger public, justifiant la mise en œuvre du mécanisme de dérogation n'est pas un prétexte à l'abolition des libertés garanties, ni à l'instauration d'un régime contraire à la philosophie sous-jacente aux traités en matière de droits de l'homme. De même, lors de la suspension d'un traité ou de certaines de ses dispositions, les parties doivent s'abstenir de tout acte pouvant empêcher la reprise pleine et totale de l'application de ce dernier.<sup>815</sup>

A la lumière du raisonnement développé ci-dessus, si l'on se place sur le terrain du droit des traités, la clause dérogatoire est donc comparable à un motif de suspension.<sup>816</sup> Toutefois, certaines différences entre ces institutions juridiques sont observables:

---

<sup>812</sup> ERGEC, Rusen, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles : étude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme...*, pp. 34-35 et HIGGINS, Rosalyn, « Derogations under Human Treaties », *British Yearbook of International Law*, 1976-1977, vol. 48, p. 281

<sup>813</sup> Voir partie V, section 3 de la CVDT.

<sup>814</sup> ERGEC, Rusen, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles : étude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme...*, p. 42

<sup>815</sup> Article 72§2 de la CVDT: « 2. Pendant la période de suspension, les parties doivent s'abstenir de tous actes tendant à faire obstacle à la reprise de l'application du traité. »

« ...le fonctionnement de l'ordre juridique repose en dernière instance sur un dispositif, l'état d'exception, qui a pour but de rendre applicable la norme en en suspendant provisoirement l'efficacité. », AGAMBEN, Giorgio, *Etats d'exception...*, p. 99.

<sup>816</sup> Comme le note Catherine Maia, il y a une confusion terminologique entre les termes de suspension et de dérogation, les organes de protection employant indifféremment les deux termes, MAIA, Catherine, « De la signification des clauses de non-dérogation en matière d'identification des droits de l'homme impératifs », p. 50. Voir l'Observation générale N°24 du Comité des droits de l'homme, *Observation générale sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des Protocoles facultatifs y relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte*, 4 novembre 1994, §10: « Bien qu'il n'y ait pas de hiérarchie entre les droits consacrés dans le Pacte, l'exercice de certains droits ne peut être suspendu, même en période d'urgence nationale, ce qui souligne l'importance capitale des droits non susceptibles de dérogation. » De plus, l'article 27 de la *Convention interaméricaine* est intitulée suspension des garanties.

« Les clauses de dérogation n'ont pas pour vocation de faire face à des circonstances qui viendraient affecter une base essentielle du consentement, mais plutôt à une situation exceptionnelle, mettant les autorités dans l'obligation d'adopter des mesures elles-mêmes exceptionnelles. »<sup>817</sup>

La dérogation n'exige pas la condition de l'altération de la « base essentielle du consentement », comme le requiert le changement fondamental de circonstances, tel que codifié à l'article 62 de la CVDT. Le motif de suspension qui s'apparente le plus à la dérogation est probablement « la survenance d'une situation rendant l'exécution impossible », en ce que l'état d'urgence représente une rupture de la stabilité et une menace à l'ordre public, objets indispensables à la pleine jouissance des droits et libertés fondamentales.<sup>818</sup> Cependant, toute suspension mène à une paralysie complète de l'obligation en cause, ce qui n'est pas le cas pour une dérogation. La suspension des droits de l'homme n'est jamais totale, car tout droit comporte un noyau intangible qui ne saurait être détruit. La Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée dans ce sens:

« (...) les obligations découlant de la Convention ne disparaissent pas totalement, elles ne peuvent être que suspendues ou modifiées dans la stricte mesure où la situation l'exige... »<sup>819</sup>

Les obligations en matière de droits de l'homme subsistent, elles sont suspendues ou modifiées, mais contrairement au droit des traités, il s'agit de l'exercice effectif du droit qui est suspendu, sa substance ne se voit pas altérée. La dérogation dans le domaine des droits de l'homme porte sur l'obligation qui est faite aux Etats d'assurer la pleine jouissance des droits de l'homme et non, sur le droit lui-même. Les conventions en matière de protection des droits de la personne ont un caractère particulier.<sup>820</sup> Les règles relatives au droit des traités, et notamment celles liées à l'extinction ou la suspension des traités, telle que codifiées par la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, à ses articles 54 à 64, ne sont pas toujours adaptées à ce domaine particulier du droit international, du fait que le droit international des traités a un caractère principalement interétatique. Un Etat ne peut effet invoquer une violation d'un traité à vocation humanitaire par une autre partie pour suspendre l'application d'un ou plusieurs droits garantis, car ledit traité a été originellement conclu au bénéfice d'individus. Il n'est donc pas soumis au principe traditionnel de

---

<sup>817</sup> Rusen Ergec, cité par Olivier de Frouville, in DE FROUVILLE, Olivier, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international...*, p. 197

<sup>818</sup> Voir article 61 de la CVDT.

<sup>819</sup> *Affaire Lawless v. Irlande*, Requête 332/57, Arrêt Strasbourg, Cour européenne des droits de l'homme, 1 juillet 1961, p. 119. De même, la Cour interaméricaine: « An analysis of the terms of the Convention in their context leads to the conclusion that we are not here dealing with a "suspension of guarantees" in an absolute sense, nor with the "suspension of... (rights)," for the rights protected by these provisions are inherent to man. It follows there from that what may only be suspended or limited is their full and effective exercise. », *Advisory Opinion OC-8/87, Habeas Corpus in Emergency Situations, articles 27(2), 25(1) and 7(6) of the American Convention on human rights, requested by the Inter-American Commission on Human Rights*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, 30 janvier 1987, §18

<sup>820</sup> La partie III. B. 4. a. ii. reviendra sur la nature spécifique des traités en matière de droits de l'homme.

réciprocité. Les conventions protégeant les droits de l'homme ne peuvent être suspendues par accord entre les parties, en raison de leur objet et de leur but et parce que les droits octroyés n'appartiennent pas aux sujets contractants.<sup>821</sup>

Un Etat pourrait soulever le motif d'impossibilité d'exécution, codifié par l'article 61 de la *Convention de Vienne*, impossibilité matérielle devant résulter de la disparition ou la destruction d'un objet physique indispensable à l'exécution dudit traité et sous-tendue par les critères d'imprévisibilité des circonstances. Il est possible d'envisager qu'une situation de crise empêche la protection de certains droits, si, par exemple, les tribunaux ne peuvent plus fonctionner normalement, car les bâtiments ont été détruits ou les juges tués: le droit à un procès équitable sera difficilement observable dans ces conditions.<sup>822</sup> Soulignons que le principe de nécessité envisagé dans le cas de l'impossibilité d'exécution – là, il est nécessaire de suspendre l'application du traité, car il est devenu matériellement impossible de faire autrement – n'est pas le même que dans le cas de la dérogation – il est nécessaire de déroger à certains droits, afin de protéger la Nation. En un sens, dans le domaine des droits de l'homme, la dérogation équivaut à une nécessité préventive et non, inéluctable.

Les Etats pourraient aussi déroger, en se basant sur un changement fondamental des circonstances. Les dispositions conventionnelles dérogatoires peuvent être analysées sous l'angle de la théorie des *clausula rebus sic stantibus*, institution juridique indispensable au sein du droit des traités et codifiée par l'article 62 de la *Convention de Vienne*, également sous la rubrique causes de terminaison ou suspension des traités.<sup>823</sup> Elle est soumise à des conditions rigoureuses d'application, qui présentent des similarités avec celles des clauses de dérogation et qui, de plus, ne suppose pas une impossibilité matérielle d'exécution: existence de circonstances exceptionnelles qui diffèrent de celles existantes au moment de la conclusion du traité et qui rendent le respect et la mise en œuvre des obligations difficile, voire impossible; proportionnalité

---

<sup>821</sup> Article 58 (1) (b) de la *CVDT*.

<sup>822</sup> Les organes de l'Organisation Internationale du Travail ont tout de même employé cette doctrine, souvent confondue avec la force majeure, afin de justifier les dérogations aux traités ne prévoyant pas expressément un droit de dérogation aux Etats.

<sup>823</sup> Article 62 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*: cinq conditions sont posées, elles sont excessivement strictes et formulées de manière négative, car la clause est dangereuse et facilement manipulable.

- Le changement doit porter sur les circonstances existant au moment de la conclusion du traité: le consentement à être lié doit être affecté;
- Le changement doit être fondamental;
- Le changement n'a pas été prévu par les parties;
- L'existence desdites circonstances devait constituer une base essentielle du consentement des parties à être liées;
- Le changement doit transformer radicalement la portée des obligations qui restent à exécuter.

et publicité/notification des mesures, conformité de ces dernières avec les autres obligations internationales et non-dérogeabilité de certains droits ou respect d'un seuil minimal de protection. Les conditions d'application et les conséquences juridiques de la mise en œuvre de ce motif peuvent être rapprochées de celles prévues par les clauses de dérogation.<sup>824</sup>

A des fins d'élargissement de l'analyse comparative, la clause dérogatoire peut être rapprochée d'une circonstance excluant l'illicéité, telle que définie dans le droit de la responsabilité internationale des Etats. Les circonstances excluant l'illicéité ont pour objet « *d'exclure, de par leur présence, l'illicéité internationale d'un fait étatique, qui sinon, constituerait la violation d'une obligation internationale envers un autre Etat* », <sup>825</sup> mais soulignons que l'obligation originelle, ainsi que la source de l'obligation, ne disparaissent pas pour autant. Il existe certains points de contact entre le droit de dérogation et le droit de la responsabilité internationale, mais chacun de ces domaines est doté de ses mécanismes propres.

Les clauses dérogatoires peuvent être en effet perçues comme des clauses justificatives. L'état de nécessité paraît être la doctrine la mieux adaptée aux situations d'urgence, contrairement par exemple, à la force majeure ou la détresse, qui ne laissent pas le choix des moyens.<sup>826</sup> Peuvent être également écartées de l'analyse les circonstances excluant l'illicéité fondées sur le comportement préalable d'une des parties au traité, à savoir consentement de l'Etat lésé, les contre-mesures, ainsi que la légitime défense, au vu notamment du caractère non-réciproque des obligations issues des traités en matière de protection des droits de l'homme. Les clauses dérogatoires peuvent être, dans une certaine mesure, interprétées comme une transposition de la théorie de l'état de nécessité, telle qu'initialement développée en droit interne dans les régimes de protection des droits de la personne.<sup>827</sup>

---

<sup>824</sup> Voir à ce sujet, OUGUERGOUZ, Fatsah, « L'absence de clause de dérogation dans certains traités relatifs aux droits de l'homme... », p. 320-324.

<sup>825</sup> AGO, Roberto, « Huitième Rapport sur la responsabilité des Etats », *Annuaire de la Commission du droit international*, 1979, vol. II, 1<sup>ère</sup> partie, pp. 32-33.

<sup>826</sup> *Texte d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, A/RES/56/83, 12 décembre 2001. L'article 25 des articles définit l'état de nécessité comme: « 1. L'Etat ne peut invoquer l'état de nécessité comme cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à l'une de ses obligations internationales que si ce fait :  
a) Constitue pour l'Etat le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent; et  
b) Ne porte pas gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'Etat ou des Etats à l'égard desquels l'obligation existe ou de la communauté internationale dans son ensemble.

2. En tout cas, l'état de nécessité ne peut être invoqué par l'Etat comme cause d'exclusion de l'illicéité:

a) Si l'obligation internationale en question exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité; ou

b) Si l'Etat a contribué à la survenance de cette situation. »

Les Articles sur la responsabilité internationale des Etats sont ici considérés comme une codification de la doctrine de l'état de nécessité existante en droit international général.

<sup>827</sup> ERGEC, Rusen, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles : étude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, ..., pp. 39 et suivantes.

« L'état d'exception en tant que figure de la nécessité se présente donc...comme une mesure illégale, mais parfaitement juridique et constitutionnelle, qui se concrétise dans la création de nouvelles normes ou d'un nouvel ordre juridique. »<sup>828</sup>

L'état de nécessité a été défini comme la situation, dans laquelle se trouve un Etat qui n'a aucune autre possibilité, afin de sauvegarder un intérêt essentiel menacé par un péril grave et imminent, que celle d'adopter un comportement contraire à une obligation internationale.<sup>829</sup> L'état de nécessité débarrasse le comportement de l'Etat de son caractère illicite et donc, n'engage pas la responsabilité internationale de ce dernier, mais n'affecte en rien la substance matérielle de l'obligation.<sup>830</sup> C'est ici que l'on peut rapprocher nécessité et clause dérogatoire: les deux mécanismes excusent des actes *a priori* illicites, si commis dans une situation ordinaire et sont pareillement sous-tendus par l'idée de nécessité impérieuse. De plus, ils répondent à des conditions d'application strictes. Concernant l'état de nécessité, la Cour internationale de Justice s'est prononcée comme suit :

*« 51. The Court considers, first of all, that the state of necessity is a ground recognized by customary international law for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation.*

*It observes moreover that such ground for precluding wrongfulness can only be accepted on an exceptional basis. The International Law Commission was of the same opinion when it explained that it had opted for a negative form of words in Article 33 of its Draft "in order to show, by this formal means also, that the case of invocation of a state of necessity as a justification must be considered as really constituting an exception - and one even more rarely admissible than is the case with the other circumstances precluding wrongfulness.*

*(...) Thus, according to the Commission, the state of necessity can only be invoked under certain strictly defined conditions which must be cumulatively satisfied; and the State concerned is not the sole judge of whether those conditions have been met. »*<sup>831</sup>

Dans les deux situations, un intérêt essentiel de l'Etat doit être menacé par un péril exceptionnel, grave et imminent, bien que les clauses dérogatoires soient plus précises dans la définition des situations pouvant constituer une telle menace, un danger public devant exister. L'objectif est de

---

<sup>828</sup> AGAMBEN, Giorgio, *Etats d'exception*,..., p. 49

<sup>829</sup> Article 25 du *Texte d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, A/RES/56/83, 12 décembre 2001. Notons que la doctrine de l'état de nécessité existe en droit interne et a été qualifiée par la Commission de droit international comme une institution profondément enracinée dans la théorie générale du droit, *UN Doc A/35/10/supp.10*, p. 104

« L'état de nécessité constitue la cause de justification d'un acte commis délibérément en violation d'une règle impérative en vue de sauvegarder, en présence d'un danger grave et imminent, une valeur manifestement supérieure à celle protégée par cette règle. », ERGEC, Rusen, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles*..., p. 45. Grotius admettait que lors de la survenance des certaines circonstances exceptionnelles, la nécessité pouvait octroyer à l'Etat le droit d'agir en violation de ses obligations de droit international positif. La nécessité ne résultait pas en une suspension de l'ensemble du droit, mais en une suspension temporaire d'une norme particulière. De plus, il considérait que la nécessité devait être soumise à des conditions strictes d'application. Tiré de GROSS, Oren, AOLAIN, Fionnuala Ní, « Emergency, War and International Law- Another Perspective », *Nordic Journal of International Law*, vol. 70, 2001, p.47.

<sup>830</sup> « De cette manière, la soudure impossible entre norme et réalité- et la constitution du domaine de la norme qui s'ensuit- est opérée sous la forme de l'exception...Cela signifie que pour appliquer une norme, il faut en dernière analyse, suspendre son application, produire une exception. », AGAMBEN, Giorgio, *Etats d'exception*,..., p. 70

<sup>831</sup> *Affaire Gabcikovo-Nagymaros, Hongrie v. Slovaquie*, arrêt du 25 septembre 1997, Cour internationale de Justice, Recueil 1997, § 51, p. 40

préservé un intérêt essentiel supérieur et pour ce faire, le seul moyen à disposition doit être le non-respect de la norme. De plus, la proportionnalité, la nécessité et le caractère provisoire des mesures représentent des exigences indispensables au déclenchement des deux dispositifs. Les autorités doivent procéder à une pesée des intérêts en présence et trouver un équilibre entre la protection des intérêts étatiques et la valeur sacrifiée, ce qui présuppose que ces dernières agissent délibérément de manière incompatible avec leurs obligations.<sup>832</sup> Ce qui paraît central dans cette tentative de comparaison est le fait que certaines obligations sont soustraites aussi bien à l'état de nécessité, à savoir les normes impératives de droit international, qu'au pouvoir de dérogation, les droits indérogeables. Une identité conceptuelle existe donc entre l'état de nécessité et les clauses conventionnelles de dérogation. Le droit de dérogation peut être conçu comme une adaptation affinée, dans le domaine des droits de l'homme, de la théorie de l'état de nécessité, tout en tentant de contrer les invocations abusives et dangereuses de cette dernière, en y apposant des conditions plus rigoureuses.

Néanmoins, la nécessité est issue d'un droit international traditionnel et vise la protection d'intérêts majoritairement interétatiques. La dérogation apparaît alors comme différente : elle n'est pas toujours indispensable, car il est le plus souvent matériellement possible à l'Etat de respecter l'obligation particulière à laquelle il va déroger. La dérogation représente le seul moyen de protéger la nation et ses institutions, sans lesquelles la jouissance globale des droits de l'homme ne pourrait exister. Les circonstances excluant l'illicéité agissent sur l'obligation *a posteriori*, en débarrassant le comportement de son caractère illicite et ne sont invocables que dans un contexte délictuel (normes secondaires), alors que la dérogation tend à limiter le champ des obligations assumées par les Etats, par une action en amont; elle neutralise temporairement ladite obligation. Certes, le résultat est identique: l'absence de l'illicéité, puisque la violation est justifiée par l'existence de circonstances d'exception.

La clause dérogatoire, bien qu'elle puisse être rapprochée d'autres mécanismes d'exception établis du droit international, possède une nature unique. Suspension temporaire et partielle de l'exercice par les Etats de leurs obligations, la clause est spécifique de par son objet, au vu des situations qu'elle vise à couvrir et de ses conditions d'application limitant son étendue; il s'agit « *d'une clause de sauvegarde permettant une mise à l'écart limitée et contrôlée* » de certaines dispositions d'un traité, dans le but de préserver les intérêts essentiels d'un Etat menacé par un péril grave, tout

---

<sup>832</sup> Contrairement à la force majeure qui ne laisse pas le choix des moyens.

en maintenant l'état de droit et en garantissant un minimum de dignité à chaque être humain, par la préservation des droits humains et des libertés fondamentales.<sup>833</sup>

Les dérogations visent le retour rapide à la normalité, par l'emploi de moyens ayant un minimum d'impact sur la jouissance par les individus des droits garantis. Le pouvoir de dérogation peut être également examiné sous l'angle des dispositions relatives « à l'interdiction de l'abus de droit », à la fois comme titre d'ingérence dans les libertés et comme limite aux restrictions.<sup>834</sup> Le but exact de la dérogation n'est pas précisé par les textes, contrairement au cas des restrictions spécifiques. Les articles relatifs à l'abus de droit tendent à protéger l'ordre public et les libertés établies par les systèmes de protection et de promotion des droits de l'homme. Ceci est également la fonction des mesures dérogatoires: rétablir l'ordre démocratique et les libertés reconnues en supprimant le danger les menaçant. Les articles ayant trait au détournement de pouvoir confirment la présente analyse.<sup>835</sup> L'article 15 ne peut être utilisé pour d'autres objectifs que ceux expressément visés, notamment des buts à visée dictatoriale et anti-démocratique. Les dispositions relatives aux dérogations constituent des mécanismes autonomes et particuliers de justification des atteintes,

---

<sup>833</sup> TAVERNIER, Paul, « Article 15 », in PETTITI, Louis Edmond, DECAUX, Emmanuel, IMBERT, Pierre-Henri, (Dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme...*, p. 495

<sup>834</sup> Article 17 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, article 5§2 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, article 5§2 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, article 30 de la *Convention interaméricaine des droits de l'homme*. Voir, *affaire du Parti Communiste v. République Fédérale d'Allemagne*, Requête 250/57, Rapport de la Commission européenne des droits de l'homme, 20 juillet 1957. La Commission précisa que le but de l'article 17 est de limiter les droits seulement dans la mesure qu'une telle limitation soit nécessaire, afin d'empêcher la négation totale des droits ; *affaire Norwood v. Royaume-Uni*, Requête 23131/03, Cour européenne des droits de l'homme, décision sur l'admissibilité du 16 novembre 2004: « *The general purpose of Article 17 is to prevent individuals or groups with totalitarian aims from exploiting in their own interests the principles enunciated by the Convention.* »

<sup>835</sup> Article 18 de la *Convention européenne des droits de l'homme*: Limitation de l'usage des restrictions aux droits - « *Les restrictions qui, aux termes de la présente Convention, sont apportées auxdits droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues.* » Et, article 5§1 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, article 5§1 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, article 29 de la *Convention interaméricaine*. Ces articles sont un rappel du principe de bonne foi. Voir *affaire Goussinski v. Russie*, Requête 70276/01, Arrêt Strasbourg, Cour européenne des droits de l'homme, 10 novembre 2004, § 73-78: (reconnaissance de la violation de l'article 18 en conjonction avec l'article 5 de la *Convention européenne*) « 73. *La Cour rappelle que l'article 18 de la Convention n'a pas un rôle indépendant ; il ne peut être appliqué que conjointement à d'autres articles de la Convention...* 76. *La Cour estime que les questions de droit public telles que la procédure pénale et la détention provisoire n'ont pas pour finalité d'être utilisées dans le cadre de stratégies de négociation commerciale. Que Gazprom ait prié le requérant de signer l'accord de juillet alors qu'il était en prison, qu'un ministre ait avalisé ce pacte par sa signature et qu'un magistrat instructeur, agent de l'Etat, l'ait ensuite appliqué en abandonnant les accusations constituent autant d'éléments donnant fortement à penser que les poursuites dirigées contre M. Goussinski étaient une manœuvre d'intimidation.*

77. *Dans ces conditions, force est à la Cour de conclure que l'on a imposé au requérant une restriction de sa liberté – permise par l'article 5 § 1 c) – non seulement en vue de le conduire devant l'autorité judiciaire compétente parce qu'il y avait des raisons plausibles de le soupçonner d'avoir commis une infraction, mais aussi pour d'autres motifs.*

78. *Dès lors, il y a eu violation de l'article 18 de la Convention combiné avec l'article 5.* »

véritables pierres de touche des systèmes de protection des droits de l'homme, permettant de concilier des intérêts qui peuvent être parfois contradictoires.<sup>836</sup>

Après avoir défini la notion de dérogation, le concept d'indérogeabilité dans le domaine des droits humains sera abordé en détails. La section subséquente devra apporter un éclaircissement sur l'interrogation suivante: quels sont les facteurs qui expliquent qu'une norme soit dotée d'un caractère indérogeable et puisse ainsi générer des conséquences particulières? Nous nous devons de saisir les raisons sous-tendant l'acceptation des Etats parties à une convention de renoncer à leur pouvoir dérogatoire au regard de certains droits fondamentaux.

## 2. Identification des droits de l'homme indérogeables

*« Les droits fondamentaux ne méritent leur nom que s'ils sont, non seulement un facteur d'ordre dans l'ensemble social, mais aussi une garantie de l'épanouissement existentiel de chacun. »<sup>837</sup>*

Un certain nombre de conventions internationales, universelles ou régionales, énumèrent un ensemble de droits indérogeables, listes qui se trouvent placées au deuxième paragraphe des clauses dérogatoires. Le principe d'indérogeabilité constitue un principe pilier pour une protection efficace des droits de l'homme. Ce principe établit une limite au droit des Etats de prendre des mesures dérogatoires. L'existence de droits dits fondamentaux, qui ne sont pas l'objet de dérogations et qui gardent leur force contraignante en toute circonstance, illustre l'emprise des droits de l'homme dans des situations qui menacent l'existence de l'Etat. L'idée qu'un noyau essentiel de libertés, devant être protégé de toute atteinte, se trouvait déjà au centre de la pensée libérale de Locke en Angleterre, ainsi que celle de Constant et de Tocqueville en France. Ce noyau représente un minimum *« à quoi un homme ne peut pas renoncer sans offenser l'essence de sa nature »*.<sup>838</sup>

Dans un premier temps, un aperçu général de ces droits par un examen des diverses listes conventionnelles sera présenté. Nous nous fonderons essentiellement sur les dispositions du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, la *Convention européenne des droits de*

---

<sup>836</sup> Sur la notion de *justitium* en droit romain, **note de bas de page 695 supra**: *« Lorsque le droit s'avérait incapable d'assumer sa tâche suprême de garantir le bien commun, on abandonnait le droit pour les mesures de circonstance, et de même que, en cas de nécessité, les magistrats étaient libérés des contraintes de la loi par un sénatus-consulte, de même en cas d'extrême urgence, le droit était mis de côté. Quand il devenait gênant, au lieu de le transgresser, on l'écartait, on le suspendait par un justitium. »*, NIESSEN, Adolf, *Das Justitium. Eine Studie aus der römischen Rechtsgeschichte*, Leipzig, Gebhardt, 1877, p. 99

<sup>837</sup> Citation de Jörg Paul Müller, « Eléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux », 1983, in MEYER-BISCH, Patrice, *Le corps des droits de l'homme*, ..., Fribourg, Editions Universitaires, 1992, p. 263

<sup>838</sup> MORAND, Charles-Albert, « Le noyau intangible des droits constitutionnels », in MEYER-BISCH, Patrice, (Ed.), *Le noyau intangible des droits de l'homme : actes du VII<sup>ème</sup> Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme*, ..., p. 53

*l'homme* et la *Convention interaméricaine des droits de l'homme*. Tout autre article pertinent inclus dans d'autres textes et instruments sera également pris en compte. Nous tenterons ensuite d'expliquer les spécificités propres à chaque régime, ainsi que les divergences existantes entre chaque énumération, sur la base d'exemples jurisprudentiels, ainsi que sur les travaux préparatoires des traités. (a) Les critères d'identification des droits de l'homme indérogables seront définis, afin de saisir si ceux-ci sont réellement plus importants que les autres droits ou si leur régime différencié est justifié par d'autres considérations. (b) Une troisième partie traitera de la question du statut juridique des droits indérogables: ces derniers possèdent-ils une force contraignante qui dépasse le cadre conventionnel, dans lequel ils sont insérés ou sont-ils uniquement le véhicule d'obligations, qui ne lient que les Etats parties aux instruments pertinents? (c)

### **a. Les droits indérogables, aperçu général**

Une profusion d'expressions est employée pour désigner la catégorie des droits dits indérogables: droits fondamentaux, droits absolus, droits intangibles, noyau dur des droits de l'homme. Par souci de clarté, les termes de droits indérogables ou droits non-susceptibles de dérogation seront employés, lorsqu'il sera fait référence aux droits explicitement mentionnés au deuxième paragraphe des dispositions conventionnelles dérogatoires. Cette section ne procédera pas à un examen détaillé de chaque droit indérogable, mais il s'agit d'une tentative visant à une meilleure compréhension des facteurs qui justifient l'indérogeabilité d'un droit.

#### *i. Les droits indérogables: examen des listes conventionnelles*

Par droit de l'homme indérogable, il faut entendre tout droit qui n'est peut être l'objet d'une dérogation, telle qu'entendue dans le domaine des droits de l'homme, à savoir la possibilité reconnue conventionnellement à un Etat de suspendre temporairement en période d'état d'urgence l'application des obligations qu'il a contractées en vertu du traité concerné et ceci, dans les limites des conditions imposées. Un droit de l'homme indérogable est un droit qui, *a priori*, est à l'abri de toute atteinte de la part des sujets de droit. Cette catégorie de droits peut être identifiée par l'entremise de listes incluses dans les clauses dérogatoires.<sup>839</sup> Alors que cette énumération diffère selon le texte considéré, il a été précédemment observé que certaines conventions ne disposent pas de disposition spécifique à cet égard. Par conséquent, malgré le fait que l'affirmation des droits de l'homme sur la scène internationale s'est réalisée par la proclamation de leur caractère indivisible et universel, une classification conventionnelle des droits a été entreprise lors de la codification de

---

<sup>839</sup> Article 4§2 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*; Article 15§2 de la *Convention européenne des droits de l'homme*; Article 27§2 de la *Convention interaméricaine relative aux droits de l'homme*

ce *corpus* juridique: comme si certains droits de l'homme nécessitaient un régime juridique spécial, une protection supplémentaire contre les éventuelles intrusions des autorités détentrices du pouvoir. Les Etats ont consenti à ne pas pouvoir disposer de certaines règles de droit international et donc, à limiter leur liberté d'action.

De tout temps, comme déjà mis en exergue, il a été reconnu à l'homme certains attributs et certains droits élémentaires nécessaires, afin qu'il puisse mener une existence digne et pouvoir s'épanouir pleinement. L'établissement d'une distinction entre droits dérogeables et indérogeables en droit international positif correspond à un aménagement du droit international aux réalités de la société contemporaine. Cette recherche d'adaptation du droit aux exigences de la vie collective ne se fait toutefois pas aux dépens de ce minimum « humain », qu'il est important de préserver en toute circonstance. Toutefois, ce noyau dur indérogeable varie en fonction du contexte culturel et de l'époque considérée et, il en sera question par la suite, les critères d'identification de ce dernier relèvent de considérations diverses, aussi bien d'ordre moral, que purement technique. Par exemple, le droit de propriété fut consacré dans les déclarations françaises et américaines comme un droit absolu et fondamental et, bien qu'il apparaisse dans la *Déclaration Universelle de 1948*, il est exclu des deux Pactes internationaux. La liste de droits indérogeables de la *Convention européenne* est bien plus brève que celles du *Pacte relatif aux droits civils et politiques* et de la *Convention interaméricaine*. Cet ensemble de droits établit une distinction entre les droits, mais il n'est pas certain que celle-ci ait trait à la fundamentalité du droit concerné ou à sa valeur intrinsèque, en tant que reflet d'un intérêt collectif. Cette hiérarchie conventionnelle ne correspond *a priori* pas automatiquement à une hiérarchie axiologique ou juridique.<sup>840</sup> Il existe en effet une utilité pratique de différencier les droits, en raison, notamment, à la nécessité d'accorder un surcroît de protection à certains droits au nom du bien commun.

Seuls quatre droits de l'homme figurent, en tant que droits indérogeables, dans les trois instruments qui possèdent une clause dérogatoire.<sup>841</sup> Ils peuvent être perçus comme le résultat d'un consensus atteint au sein de la communauté des Etats. La consécration de ces quatre droits ne signifie pas que les autres droits peuvent être limités ou violés à loisir, chaque droit ayant une essence qu'il est absolument impossible de détruire. Néanmoins, tous les droits, et les obligations correspondantes, ne sont pas soumis à la même protection juridique, lors d'un état d'urgence. Le premier droit indérogeable est le droit à la vie, sans lequel la jouissance effective des autres droits

---

<sup>840</sup> Point souligné par Frédéric Sudre, SUDRE, Frédérique, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux: y'a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'homme », in *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LG.D.J., 1995, p. 393

<sup>841</sup> Notons que la *Charte Sociale européenne* ne mentionne pas de droits indérogeables, à son article F.

ne peut avoir lieu.<sup>842</sup> Ensuite, vient le droit à ne pas être torturé ou à ne pas subir des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.<sup>843</sup> Les actes violant cette disposition, quelque soit la nature des circonstances ou des raisons qui les ont inspirés, ne peuvent trouver de justifications valables au regard du droit international.<sup>844</sup> Il s'agit d'une interdiction absolue, qui contrairement au droit à la vie, ne souffre d'aucune exception. L'interdiction des lois pénales rétroactives, citée à l'article 7 de la *Convention européenne*, à l'article 15 du *Pacte* et à l'article 9 de la *Convention interaméricaine*, revêt une signification toute particulière en période dérogatoire.<sup>845</sup> En effet, il est d'usage relativement fréquent, en temps de crise grave, de punir rétroactivement les coupables de délits commis pendant ladite période. L'interdiction de l'esclavage et de la servitude complète cette liste.<sup>846</sup> La *Convention européenne*, représentant l'instrument le plus ancien, est le texte qui comprend la liste la plus restrictive de droits indérogeables, la *Convention interaméricaine* ayant la liste la plus développée.

Ces quatre droits constituent un minimum commun et le seuil minimal d'humanité à respecter en toute circonstance. Ils sont fondamentaux au respect de la dignité humaine et reflètent le postulat, selon lequel tous les hommes sont nés libres et égaux. Un consensus existe sur le fait que ces quatre droits sont également indérogeables en droit international coutumier et lient les Etats en dehors de tout lien conventionnel.<sup>847</sup> Le *Pacte international* ajoute dans sa liste l'interdiction de détention pour le motif d'incapacité à remplir une obligation contractuelle, le droit à la reconnaissance de sa personnalité juridique, ainsi que la liberté de pensée, de conscience et de

---

<sup>842</sup> *Affaire Suarez Guerrero v. Columbia*, Communication R.11/45, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/37/40), Comité des droits de l'homme, 31 mars 1982, § 13: «The right enshrined in this article is the supreme right of the human being.» Article 2 de la *Convention européenne*, article 6 du *Pacte* et article 4 de la *Convention interaméricaine*. Voir **Annexe VI. B. 2. b.**

<sup>843</sup> Article 3 de la *Convention européenne*, article 7 du *Pacte* et article 5 de la *Convention interaméricaine*. Cette prohibition absolue se voit renforcée par la *Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* du 10 décembre 1984, à son article 2§2, convention qui ne contient pas de clause dérogatoire. Voir aussi, les *Conventions régionales* en la matière. Voir, **Annexe IV. B. 2. a.**

<sup>844</sup> *Affaire Irlande v. Royaume-Uni*, Requête 5310/71, Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 18 janvier 1978, *affaire Tyrer v. Royaume-Uni*, Requête 5856/72, Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 25 avril 1978, § 30 et suivants et *affaire Selmouni v. France*, Requête 25803/94, Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt Strasbourg, 28 juillet 1999, §95. Voir aussi *Affaire Velasquez Rodriguez*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Série C, Jugement du 29 juillet 1988, § 155.

<sup>845</sup> Le *Protocole additionnel N° 7 à la Convention européenne* du 22 novembre 1984 consacre le principe *non bis in idem* et l'article 4§3 de ce même *Protocole* le soustrait à l'emprise de l'article 15§1 de la *Convention*. Voir **Annexe VI. B. 2. d.**

<sup>846</sup> Article 4§1 de la *Convention européenne*, article 8§1 et §2 du *Pacte* et article 6 de la *Convention interaméricaine*. Voir également la *Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues* du 7 septembre 1956. Voir **Annexe VI. B. 2. c.**

<sup>847</sup> Leandro Despouy, *Administration de la Justice, Etat de droit et Démocratie, Question des droits de l'homme et des états d'exception, Huitième rapport annuel et liste des Etats qui, depuis le 1er janvier 1985, ont proclamé, prorogé ou abrogé un état d'exception...*, p. 51, § 31. Le Rapporteur cite pour étayer son affirmation le *Rapport de Nicole Questiaux*, les *Principes de Syracuse*, les *Standards Minimaux de Paris*, les *Principes de Genève* et la *Déclaration de Türkü sur les standards humanitaires minimaux*. Notons que ces droits, exception faite du droit à la vie, sont également réitérés dans les *Conventions de Genève de 1949*.

religion.<sup>848</sup> Conformément à l'article 6§2 du *Deuxième Protocole facultatif*, l'article 1§1 de ce dernier, relatif à l'interdiction de la peine de mort, ne peut être l'objet de dérogation.<sup>849</sup> La *Convention interaméricaine* considère également les droits suivants comme non-susceptibles de dérogations en période d'état d'urgence: droit à la reconnaissance de sa personnalité juridique (article 3), droits liés à la protection de la famille (article 17), droit à un nom (article 18), droit de l'enfant (article 19), droit à une nationalité (article 20), droits politiques (article 23). L'article 27 de la *Convention* contient une liste particulièrement longue de droits indérogeables, relevant de logiques distinctes, mais néanmoins complémentaires:

« (...) *that rights most essential to human life and dignity should never be sacrificed and must be always protected by effective and judicial remedies, whatever the price in political stability; that certain rights are unlikely to impede the preservation of public order under even the most extreme conditions; and that democracy itself is among the highest values in the Americas.* »<sup>850</sup>

Finalement, sans vouloir procéder à une analyse détaillée de la *Charte Arabe des droits de l'homme*, entrée en vigueur en janvier 2008, notons que celle-ci mentionne un certain nombre de droits indérogeables, en vertu de son article 4 (b): en plus du droit à la vie, de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains (expériences scientifiques incluses), de la prohibition de l'esclavage et de la servitude et du principe de la légalité des délits et des peines, le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique, cette dernière ajoute le droit à la liberté et à la sûreté, le droit d'entrer dans son propre pays, l'interdiction d'être emprisonné pour non-remboursement de dette, la liberté de pensée, de religion et de croyance, l'asile politique, le droit à un procès équitable, le droit de ne pas être jugé deux fois pour la même infraction et le droit des détenus à être traité avec humanité. Relativement à la *Charte africaine*, instrument qui ne contient pas de liste de droits indérogeables, la Commission régionale a toutefois reconnu, après avoir affirmé que la Charte ne permettait pas les dérogations, que certains droits ne pouvaient être soumis à aucune sorte de limitations ou dérogations: « (...) *derogation is not allowed for what is generally referred as to non-derogable rights* », sans pourtant préciser de quels droits il s'agissait.<sup>851</sup>

Ces catalogues de droits indérogeables furent les résultats de longs débats, qui surgirent lors de la rédaction des instruments, bien que les délégués étatiques convergeaient sur le fait « *qu'il existe certains droits et certaines libertés qui ne doivent être frappés d'aucune sorte d'exception, même en temps guerre ou de danger public* ». <sup>852</sup> Le délégué chilien alla même jusqu'à affirmer que

---

<sup>848</sup> Respectivement, articles 11, 16 et 18.

<sup>849</sup> Idem dans le *Protocole N°13 à la Convention européenne*, article 2.

<sup>850</sup> FITZPATRICK, Joan, « States of Emergency in the Inter-American Human Rights System », ..., p. 376

<sup>851</sup> *Amnesty International and Others v. Sudan*, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Communications 48/90, 50/91, 52/91, 83/93, 1999, §42

<sup>852</sup> M. Malik, représentant du Liban, *UN. Doc. E/CN.4/AC.1/SR.34*, 15 juin 1948, p. 5

« certains droits étaient indispensables en cas de guerre, ce qui justifiait qu'ils soient indérogeables ». <sup>853</sup> Des désaccords ont toutefois émergé sur l'identification de ces droits et sur le fait de savoir s'il fallait de limiter ou non la liste aux droits les plus fondamentaux.

La définition des droits indérogeables fut, et continue à être, un processus progressif. De multiples propositions ont été faites relativement à l'inclusion de certains droits, notamment lors des discussions concernant le *Pacte relatif aux droits civils et politiques*. <sup>854</sup> Le paragraphe 2 de l'article 4 constitue un compromis prudent, prenant en considération les divergences existantes entre les Etats parties et leurs priorités de l'époque. Les représentants français et américains désiraient que le droit à la liberté et à la sécurité, ainsi que certaines garanties judiciaires minimales, soient inclus dans la liste. <sup>855</sup> La délégation britannique objecta que les droits à un procès équitable et à ne pas être arrêté arbitrairement ne pouvaient être respectés en toute situation, spécialement lors d'un conflit armé. Elle souhaita également préciser le contour du droit à la vie et exclure de son champ d'application « la mort résultant d'actes licites de guerre ». <sup>856</sup> Une controverse survint autour du droit à ne pas être discriminé, le Liban désirant l'intégrer dans la liste, alors que certains délégués percevaient la nécessité de devoir discriminer les « étrangers ennemis » en temps de guerre. Le conflit fut résolu en 1952, par l'adoption de la clause de non-discrimination rédigée ainsi: « (...) et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale ». <sup>857</sup> Une autre discussion porta sur la liberté de pensée, de conscience et de religion, qui inclut le droit à manifester sa religion ou sa croyance, assimilé par certains Etats au droit de réunion pacifique ou à la liberté d'expression, tous deux considérés comme des droits pouvant justifier des dérogations.

---

<sup>853</sup> UN. Doc. E/CN.4/AC.1/SR.34, 15 juin 1948, p. 4

<sup>854</sup> Le projet initial britannique ne contenait pas une telle liste. (UN. Doc. E/CN.4/21, Annexe B, 1947) A la suite des objections soulevées, les Britanniques proposèrent d'inclure le droit à la vie, l'interdiction de la mutilation et de l'expérimentation médicale, la prohibition de la torture et de l'esclavage et le principe de non-rétroactivité des lois pénales. (UN.Doc E/CN.4/188, 1949) Nous n'aborderons pas ici les discussions sur la *Convention européenne*, cette dernière se limitant aux droits essentiels.

<sup>855</sup> NOWAK, Manfred, « Article 4, U.N. Covenant on Civil and Political Rights... », p. 81

Ils proposèrent également comme droits indérogeables: le droit à quitter un Etat et le droit pour les étrangers à ne pas être expulsés. De plus, la France voulut ajouter le droit à ne pas être emprisonné pour dette et le droit à la reconnaissance de sa personnalité juridique. L'Arabie Saoudite soumit le droit au mariage, mais cette proposition fut rejetée, car en temps de conflits armés, il est prévu la possibilité d'interdire les mariages entre nationaux et citoyens ennemis. (UN Doc. A/C.3/L.1171)

<sup>856</sup> Summary Records of the Commission on Human Rights, Fifth Session, UN. Doc E.CN.4/Sr.127, 1949, p. 13

<sup>857</sup> UN. Doc. E/CN.4/Sr.196, 1950, voir les remarques du délégué belge, p. 3, du délégué américain, p.5 et du délégué indien, p. 5. Article 4§1, *in fine* du *Pacte*. Le terme « uniquement » démontre que des mesures discriminatoires peuvent être prises contre une minorité qui pose une menace spécifique à la nation, mais pas à l'encontre d'une minorité, uniquement parce qu'elle est populaire. De plus, l'origine nationale a été délibérément omise. Les motifs discriminatoires sont énumérés de manière exhaustive, comme dans le *Convention interaméricaine*. La *Convention européenne* contient une clause spécifique de non-discrimination, l'article 14, qui ne constitue pas une énumération exhaustive. L'insertion des articles 11, 15, 16 et 18 dans la liste des droits indérogeables du *Pacte* ne fit pas l'objet de débats.

La proposition d'amendement qui visait à sortir le paragraphe 3 de la liste fut rejetée, au vu de la clause de limitation que comprenait déjà l'article.<sup>858</sup>

Les travaux préparatoires de la *Convention interaméricaine* témoignent également de l'existence de certains désaccords. Il demeure difficile d'expliquer les raisons de l'inclusion ou de l'exclusion de certains droits dans la liste. Il y eut, lors de l'élaboration du texte de l'instrument, trois positions dominantes: la première s'opposait à l'inclusion d'une disposition conventionnelle indiquant quels droits étaient indérogeables, car cette dernière aurait pu être incompatible avec les dispositions constitutionnelles de certains Etats;<sup>859</sup> la deuxième tendance était basée sur une objection à l'introduction de droits spécifiques dans la liste. Finalement, certains Etats considéraient que l'énumération précise des droits indérogeables représentait le meilleur moyen d'assurer une protection efficace des droits fondamentaux en temps de crise. Les Etats-Unis, insistèrent avec vigueur pour inclure les articles 6 et 7, relatifs à la protection contre la détention arbitraire et au droit à un procès équitable, mais cette proposition fut rejetée.<sup>860</sup>

Ce premier examen des droits indérogeables permet de mettre en exergue des différences relativement aux classifications qui ont été élaborées. Il est, en effet, impossible de comparer l'interdiction de la torture et la prohibition de l'emprisonnement pour dette: ces deux droits ont des natures et des fonctions propres; l'un a trait directement à la dignité humaine, alors que l'autre paraît moins fondamental. Il est peut être déduit que la fundamentalité d'un droit n'entraîne pas automatiquement son indérogeabilité. Le caractère essentiel d'un droit, en tant vecteur de valeurs primordiales, variera inévitablement en fonction de la culture imprégnant le régime considéré et des mœurs dominantes à une époque définie.

---

<sup>858</sup> *UN Doc. A/C.3/SR.1261*, GAOR, 18<sup>ème</sup> Session, 1963, vol. 1, n°3, p. 257, §24

<sup>859</sup> Position tenue par le Mexique, car sa Constitution lui permettait de suspendre n'importe quel droit de l'homme pour faire face efficacement à un danger menaçant l'Etat.

<sup>860</sup> Ils proposèrent alors un amendement, qui fut cette fois-ci adopté, afin d'inclure la phrase finale de l'article 27§2. Les derniers mots de l'alinéa consacrent l'indérogeabilité des garanties judiciaires indispensables à la protection des autres droits indérogeables. VALINA, Liliana, « Droits Intangibles dans le cadre du Système Interaméricain des droits de l'homme », in PREMONT, Daniel, STENERSEN, Christian, OSEREDCZUK, Isabelle (Eds.), *Droits Intangibles et Etats d'Exception*,..., p. 237

ii. *Diversité des régimes: des droits relatifs ou existence d'un irréductible indérogeable?*

La problématique qui entoure l'universalité des droits de l'homme se retrouve également en lien avec les droits indérogeables, étant donné les divergences au sein des diverses listes conventionnelles mentionnant ces derniers. Certes, il existe une certaine corrélation entre la date d'adoption des textes et la longueur des listes des droits indérogeables. La *Convention européenne* propose une liste très restrictive de droits indérogeables, se limitant aux droits les plus fondamentaux, et il est vrai que certains droits importants, notamment les garanties judiciaires, ont été exclus. L'extension du nombre de droits indérogeables au cours du temps suit évidemment la tendance, qui encourage une plus grande protection des droits de l'homme sur le plan international et une valorisation de la dignité humaine, en tant qu'objectif principal devant être poursuivi par le droit international. Mais pourquoi alors, la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, dernier instrument régional à avoir été adopté, ne contient-elle pas ce genre de liste?

Pour certains auteurs, le discours relatif aux droits de l'homme reflète la rhétorique occidentale qui a, pendant longtemps, dominé l'idéologie mondiale :

« *This [the discourse] is foreign to many developing nations because of their diverse civilizational backgrounds.* »<sup>861</sup>

Toutefois:

« *The notion of human right is a specific formulation of a more general, even universal, pursuit for the spiritual as well as material well-being of humanity. (...) the mechanism of human rights is the most effecting mean of protecting human values of human persons (...).* »<sup>862</sup>

Chaque culture et chaque civilisation possède sa propre conception de la liberté individuelle et des droits humains. Les droits de l'homme, tels que formulés dans la *Déclaration universelle* de 1948, sont issus de la tradition libérale propre aux sociétés occidentales, majoritairement basées sur les principes démocratiques et l'état de droit, ainsi que sur une vision de l'individu en tant que créature rationnelle, apte à faire des choix autonomes. Le caractère prétendument universel des droits de l'homme doit prendre en compte les spécificités culturelles, nationales, historiques et sociales de chaque Etat, tout en affirmant la transcendance de certaines valeurs communes à tous les êtres humains.<sup>863</sup> D'ailleurs, les organisations sociétales fondées sur des valeurs

---

<sup>861</sup> ONUMA, Yasuaki, « In Quest of Intercivilizational Human Rights », *Asia Foundation Occasional Paper*, vol. 1, n°2, 1996, p. 1

<sup>862</sup> YASUAKI, Onuma, « In quest for intercivilizational human rights: Universal vs. Relative, Human Rights viewed from an Asian perspective », *Asian-Pacific Journal on Human Rights and the Law*, vol. 1, 2000, p. 54

<sup>863</sup> «...le premier principe général et essentiel de droit international public réside dans sa qualité d'universel, c'est-à-dire qu'il est reconnu comme valable et applicable dans tous les pays, quelles que soient leurs histoires et traditions culturelles, économiques, sociopolitiques ou religieuses...cela ne veut pas dire qu'il n'y a pas de place pour des variations régionales...Universalité ne veut pas dire uniformité. En revanche, l'universalité suppose qu'un tel droit international régional, tout différent qu'il est, fait partie du système dans son ensemble et non pas d'un système à part...», JENNINGS, Robert, « Universal International Law in a Multicultural World », in BOS, Maarten,

communautaires sont capables d'intégrer les droits de l'homme dans leur système juridique, comme le prouve la *Charte africaine* qui concilie droits individuels et droits collectifs. Rosalyn Higgins a justement souligné que « (...) *Third World Members have taken the lead in insisting that human rights are not a set of imposed western ideas, but are of universal application, speaking to the human condition.* »<sup>864</sup> Le texte de la *Charte africaine* est guidé par une philosophie spécifique, anti-individualiste, et met l'accent sur les devoirs de solidarité et le caractère collectif des droits et des obligations, ce qui peut avoir un impact au niveau de la jouissance de ces derniers, mais cela n'a pas empêché le continent africain d'élaborer un ensemble cohérent de droits et de libertés fondamentales. Les revendications identitaires, s'opposant à l'idée d'universalité des droits de l'homme, ont souvent été des prétextes employés par certains dirigeants pour ne pas respecter leurs obligations en la matière ou refuser de s'engager dans la voie de la protection des droits humains. Les valeurs et l'éthique sous-jacentes aux droits de l'homme, à savoir en premier lieu le respect de la dignité humaine et de l'égalité entre les hommes, sont universellement acceptées et reconnues, même si des divergences persistent quant à l'importance relative de certains droits, ainsi qu'aux modalités de leur mise en œuvre.<sup>865</sup> Le concept de dignité humaine n'est pas perçue de manière identique par chaque culture, comme en témoignent les diverses approches, notamment par rapport à la liberté religieuse ou aux droits des femmes. De plus, la protection des droits de l'homme va de pair avec un certain degré de développement économique, social et politique; il est nécessaire d'allouer des ressources pour les promouvoir et les défendre efficacement. Il a souvent été affirmé que les droits de l'homme étaient une préoccupation d'Etats riches et développés. Des facteurs exogènes d'ordre historique, culturel et politique influencent considérablement la politique législative des Etats, particulièrement dans le domaine des droits humains. Toutefois, les droits de l'homme sont inhérents à tout être humain et sont supposés transcender les frontières nationales, même si leur degré de protection et de respect est variable.

« (...) *the existence of a basic minimum content of human dignity based on three elements: first, human beings have intrinsic worth, second, this worth must be respected by others, and third, the state should exist for the sake of human beings and not vice versa.* »<sup>866</sup>

Les droits de l'homme doivent donc être interprétés en fonction d'un contexte et d'une époque, car, comme toute branche juridique, le droit international évolue et doit s'adapter aux

---

BROWNLIE, Ian, (sous la dir.), *Liber Amicorum for the Right Honourable Lord Wilberforce*, Oxford, Oxford University Press, 1987, reproduit dans *Collected Essays of Sir Robert Jennings*, La Haye, Kluwer, 1998, pp. 341-342

<sup>864</sup> Rosalyn Higgins cité par FRANCK, Thomas, «Is Personal Freedom a Western Value?», *American Journal of International Law*, vol. 91, 1997, p. 627

<sup>865</sup> *La Charte africaine* accorde une place particulière au droit à l'auto-détermination, aux droits des peuples, aux droits de solidarité et aux devoirs de l'individu envers la société; la *Convention européenne* est attachée aux droits civils et politiques, alors que l'instrument américain mêle droits politiques et civils et droits économiques, sociaux et culturels.

<sup>866</sup> MCCRUDDEN, Christopher, «Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights», *The European Journal of International Law*, Vol. 19, n°4, 2008, p. 679

circonstances. Les sociétés, ayant connu des guerres raciales, religieuses ou culturelles, vont en effet protéger la liberté de conscience, d'expression ou de religion d'une manière différente que les sociétés où règne l'harmonie entre les diverses communautés les constituant. C'est ainsi qu'il faut également appréhender les droits indérogeables. L'absence de clause dérogatoire dans la *Charte africaine* et son silence, relativement à l'indérogeabilité des droits proclamés, s'expliquent, même si rien ne le prouve dans les travaux préparatoires, par les circonstances et la situation politique de l'Afrique dans les années 80. La plupart des Etats vivaient alors une situation d'exception permanente, avec au pouvoir des régimes autocratiques. Le passé colonial a lourdement pesé sur le développement des systèmes juridiques régionaux et nationaux.<sup>867</sup> Les gouvernements africains ont reconnu l'existence des droits de la personne, même si ces derniers étaient encore massivement violés. Mais de là à accepter « (...) *le caractère inviolable et intangible de certains droits, il y a une remise en cause de toute une philosophie politique, de tous les fondements de l'autorité, une sorte de mea culpa, que peu de régimes africains auraient accepté d'assumer* ». <sup>868</sup> La *Convention européenne* mentionne uniquement quatre droits indérogeables. La technique adoptée lors de l'élaboration du texte visait à restreindre au maximum la liste des droits, dans le but d'assurer un équilibre réel entre la protection des droits de l'homme et la nécessité de défendre l'Etat. Une liste trop étendue serait revenue à dénaturer le système, car le principe d'indérogeabilité des droits en période de crise devait demeurer l'exception. Une certaine prudence fut également de mise, afin de maximiser le nombre de ratifications; nous sommes en 1950 et les droits de l'homme font tout juste leur entrée sur la scène juridique internationale.<sup>869</sup> La *Convention interaméricaine des droits de l'homme* possède l'ensemble le plus élaboré de droits indérogeables et protège de façon absolue des droits très spécifiques, comme les droits politiques ou certaines garanties judiciaires. Cette observation peut s'expliquer, d'une part en raison des courants idéologiques ayant traversé le continent et d'autre part, par l'histoire des Etats américains, et plus spécialement les pays d'Amérique latine, ravagés par des régimes dictatoriaux, qui ont mené à la suppression des droits politiques et civils des citoyens. Le système interaméricain attache une importance particulière aux principes démocratiques et n'hésite pas à considérer comme indérogeables les droits nécessaires à la protection des institutions démocratiques, comme les droits politiques, la liberté d'association, le droit de réunion, le droit de déplacement ou la liberté d'expression.

---

<sup>867</sup> Voir à ce sujet, IBHAWOH, Bonny, « Between Culture and Constitution: Evaluating the Cultural Legitimacy of Human Rights in the African State », *Human Rights Quarterly*, vol. 22, 2000, pp. 838-860

<sup>868</sup> DIOP, Matar, « La Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples et l'Intangibilité des Droits Fondamentaux », in PREMONT, Daniel, STENERSEN, Christian, OSEREDCZUK, Isabelle (Eds.), *Droits Intangibles et Etats d'Exception*,..., p. 419

<sup>869</sup> HENNEBEL, Ludovic, « Les droits intangibles », in BRIBOSIA, Emmanuelle, HENNEBEL, Ludovic, (Dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p.202

Les régimes de protection ont intégré les principes d'indivisibilité et d'universalité des droits de l'homme, mais cela n'a pas résulté en la création de systèmes totalement similaires. Ces deux principes ont été accommodés aux diversités et particularités locales et régionales.

« *Cela suppose qu'il faille voir dans la diversité régionale non pas des exceptions, mais la mise en œuvre et l'application diversifiées, en fonction du contexte, de normes partagées.* »<sup>870</sup>

Le droit n'est que l'expression des intérêts et des valeurs propres à une communauté, à un moment donné.<sup>871</sup> Le fait que certains droits soient considérés comme indérogeables en est une illustration parfaite: les listes diffèrent, mais les quatre droits indérogeables communs sont la preuve de l'existence d'un minimum devant être protégé de manière absolue et, sur lequel un consensus a émergé entre les Etats, reflétant la mise en place progressive d'une communauté internationale liée par des valeurs et des idéaux collectifs. L'affirmation selon laquelle, ces droits seraient « *porteurs de toute évidence de normes impératives, parce que protecteurs d'un seuil incompressible indispensable à la garantie de la dignité humaine qui se retrouve dans le patrimoine commun de toutes les civilisations* » se doit d'être nuancée.<sup>872</sup> L'interdiction de l'esclavage ou de la torture appartiennent sans nul doute à la catégorie des normes de *jus cogens*, mais les désaccords relatifs à la portée exacte du droit à la vie et à l'étendue de ses exceptions, poussent à questionner son statut normatif en droit international.<sup>873</sup> Ils peuvent néanmoins être considérés comme reflétant des normes de droit coutumier, qui lient donc les Etats en dehors de tout cadre conventionnel. Leur formulation, en tant que droits indérogeables dans les diverses conventions ont assurément contribué à l'essor de leur statut en droit coutumier, et non l'inverse. S'agissant des autres droits indérogeables, les différences, qui existent entre les instruments, pourraient être un obstacle à la cristallisation de la nature indérogeable en droit international général.

Un chapitre ultérieur reviendra sur le rapport entre le caractère impératif d'un droit et son indérogeabilité conventionnel,<sup>874</sup> mais cette section peut être conclue par l'affirmation que le droit international positif a établi une distinction entre les droits de l'homme, sur la base de leur régime juridique applicable en période d'état d'urgence, mais que cette différenciation n'implique pas

---

<sup>870</sup> *Fragmentation du Droit International. Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, Rapport du Groupe d'Etude de la Commission du droit international, établi sous sa forme définitive par Martti Koskeniemi, cinquante-huitième session, mai-août 2006, A/CN.4/L.682, 13 avril 2006, p. 122, § 216.*

<sup>871</sup> Notons que dans les constitutions nationales, les listes des droits indérogeables varient également, « *le noyau des droits fondamentaux [résulte] de la représentation qu'une collectivité se fait de l'irréductible, (...) et varie selon l'importance de l'histoire dans la constitution de cette représentation.* », MORAND, Charles-Albert, « *Le noyau intangible des droits constitutionnels* », in MEYER-BISCH, Patrice, (Ed.), *Le noyau intangible des droits de l'homme: actes du VII<sup>ème</sup> Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme...*, p. 57

<sup>872</sup> MAIA, Catherine, « *De la signification des clauses de non-dérogação en matière d'identification des droits de l'homme impératifs*»,..., p. 46

<sup>873</sup> Notamment, concernant la diversité des opinions autour de la question de l'avortement et de la peine de mort.

<sup>874</sup> Voir *infra* partie **III. B. 4. b. iii.**

automatiquement une hiérarchie entre eux. La catégorie des droits indérogeables est contingente, évolutive et relative, car, hormis un tronc commun, elle diverge en fonction du système considéré. Ces droits forment un ensemble dynamique, qui n'est pas caractérisé par une immuabilité éternelle. En outre, l'interprétation faite de ces droits, de leur nature et de leur étendue dépendra de l'autorité qui aura à se prononcer, un juge américain ne possédant pas la même lecture du droit à la vie, qu'un juge européen.

### *iii. Approche critique des listes conventionnelles*

Le simple fait d'identifier certains droits comme indérogeables constitue, aux premiers abords, une technique visant à empêcher les Etats de recourir à des interprétations, qui leur permettrait de limiter la portée de ces droits. Cette qualification devrait freiner ces derniers à utiliser leurs lois nationales pour justifier des atteintes aux droits indérogeables. En définitive, distinguer les droits dérogeables et les droits indérogeables apporte un certain degré de sécurité juridique. Néanmoins, ces listes ne sont pas exemptes de tout reproche et peuvent être facilement les objets de manipulations abusives.

Il apparaît clairement, au travers de l'examen des travaux préparatoires des trois conventions internationales étudiées, que les listes identifiant les droits indérogeables sont le résultat de compromis entre des positions divergentes. La première objection qui peut être faite est qu'il est très difficile d'identifier avec netteté les critères de sélection employés pour les élaborer. Les droits indérogeables sont-ils des droits absolument fondamentaux et indispensables à la protection de l'être humain et de sa dignité? Ou encore s'agit-il des droits qui n'ont aucun lien avec les situations d'urgence et qui se révèlent être d'aucune utilité pour lutter contre un danger public? Ces deux critères ont sûrement été retenus, mais ils ne guident pas pour autant l'ensemble du processus de manière systématique. Notons, que lors de la rédaction des instruments, aucune étude approfondie de chaque droit ne fut entreprise, afin d'examiner le bien-fondé de la nature indérogeable d'un droit et de l'impact produit en cas de dérogation. La *Convention européenne* inclut quatre droits extrêmement importants, mais d'autres droits essentiels ont pourtant été omis. Comment assurer l'interdiction de la torture, sans prévoir certaines garanties judiciaires? *Le Pacte relatif aux droits civils et politiques* a eu recours aux deux facteurs mentionnés *supra*, mais, à nouveau, certains droits fondamentaux et spécialement vulnérables pendant les temps de crise ne sont pas insérés, alors que sont présents des droits moins essentiels. Ce manque de cohérence n'entraîne-t-il pas un risque d'affaiblir la notion d'indérogeabilité? Assurément.

Au-delà des divergences, les Etats ont sélectionné un petit groupe de droits, soutenu par un régime particulier. Ils ont consenti à leur accorder un statut conventionnel spécifique et prioritaire. Les Etats ont accepté de renoncer à leur faculté de déroger à certaines de leurs obligations, et ceci même lorsque leurs fondements sont menacés. Les raisons qui ont encouragé les Etats à s'autolimiter doivent être comprises: quels sont les critères qui fondent et légitiment l'appartenance d'un droit ou d'une liberté au groupe des droits non-susceptibles de dérogations?

### **b. Critères d'identification**

Dans la perspective guidant cette partie, à savoir appréhender les fonctions remplies par les droits de l'homme indérogeables au sein de l'ordre juridique international, l'interrogation suivante doit trouver une réponse: de quels facteurs découle l'indérogeabilité d'un droit de l'homme? Les régimes conventionnels opèrent une distinction entre les droits et il nous revient de saisir les fondements juridiques et extra-juridiques à la base de celle-ci. Les dispositions énumérant ces droits sont une conséquence de la nature particulière de ces derniers, de leurs fonctions, ainsi que de leur valeur symbolique, éléments qu'il faut maintenant déterminer.

#### *i. Valeur protégée et contenu matériel, les facteurs internes*

Si l'on considère que les droits de l'homme visent un intérêt supérieur, à savoir le respect de la dignité humaine de tous les individus sans distinction, le critère principal d'identification d'un droit indérogeable doit être recherché dans son statut de garant de cette dignité. Il est certain que le concept varie d'un Etat à l'autre, en fonction de la représentation qu'une collectivité se fait de l'irréductible humain, mais il est possible de déduire un minimum incompressible commun, reflétant « *les attributs inaliénables de la personne humaine, fondés sur des valeurs que l'on retrouve en principe dans tous les patrimoines culturels et systèmes sociaux* ». <sup>875</sup> Ces droits seraient consubstantiels à la protection des attributs inhérents à la personne humaine, droits « *fondamentaux et essentiels au respect de nous-mêmes et de notre existence* ». <sup>876</sup> Le non-respect de ces derniers constituerait une négation de l'individu. Il s'agit des droits qui sont à la base de la communauté internationale et de l'humanité. <sup>877</sup> Il est possible d'inclure dans cet ensemble, dont le contenu matériel semble posséder une valeur supérieure, les droits liés à la protection du for intérieur, car ceux-ci sont étroitement liés à la notion de dignité humaine. L'être humain est doté

---

<sup>875</sup> SUDRE, Frédéric, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, Presses Universitaires de France, 1989, p. 19

<sup>876</sup> Représentant de la Belgique, *Collected Edition des Travaux Préparatoires*, Conseil de l'Europe, vol. VI, 1985, pp. 78-81

<sup>877</sup> Les références à la dignité humaine affluent dans les instruments internationaux: *Déclaration universelle des droits de l'homme*, alinéa premier; *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, article 10§1, à propos des personnes privées de liberté; *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, article 5, entre autres.

d'une raison et de ce fait, il possède le droit fondamental d'avoir des croyances et des convictions. De cette logique découle le caractère indérogeable de la liberté de pensée, de conscience et de religion, tel que consacré dans le *Pacte* (article 18) et dans la *Convention interaméricaine* (articles 12 et 13).

Certaines normes en matière de droits de l'homme ont préexisté à leur consécration conventionnelle. Quelques droits devraient être dotés d'une valeur coutumière, acquise avant leur formulation en droit positif; il est possible de citer l'interdiction de l'esclavage, principe établi du droit des gens avant 1945, ou encore la non-rétroactivité des lois pénales, principe qui se retrouve dans tous les systèmes juridiques. Cette préexistence n'est toutefois pas évidente pour toutes les normes. L'interdiction de la torture n'a été formulée de manière précise que dans la *Déclaration universelle* et sa définition n'a été acquise qu'avec la *Convention des Nations Unies* adoptée à New York en 1984 et la jurisprudence ultérieure des organes internationaux. Se fonder exclusivement sur la source des normes ne peut être un critère déterminant: il faut également rechercher des indices au plan de leur contenu matériel et de leur logique interne, qui participent à interdire toute atteinte à tel ou tel droit.

Les droits qui peuvent être regroupés dans cette catégorie, et ceci indépendamment de leur statut en droit international avant leur codification, devraient être porteurs de valeurs, qui évincent tout autre intérêt, y compris la préservation et la survie de l'Etat. Ils possèderaient une qualité normative et axiologique supérieure. Les droits de l'homme suivants peuvent être placés dans ce « groupe »:

- le droit à la vie;
- l'interdiction de la torture et autres traitements et peines cruels, inhumains et dégradants
- l'interdiction de l'esclavage et de la servitude, ou plus globalement le droit au respect de l'intégrité de sa personne;<sup>878</sup>
- le principe de légalité des délits et des peines et le principe *non bis in idem*;
- la liberté de pensée, de conscience et de religion;
- le droit à la reconnaissance de sa personnalité juridique, comme le droit de toute personne à être reconnue comme un sujet de droit, porteur de droits et d'obligations: « *Without this rights, the individual could be degraded to a mere legal object, where he or she would no longer be a person in the legal sense and thus deprived of all other rights (...)* »<sup>879</sup>
- les droits de l'enfant;
- les droits politiques;
- les garanties judiciaires essentielles;

---

<sup>878</sup> Il s'agit du droit à ne pas être traité comme une chose, mais comme une personne, au sens où l'entendait Kant. L'individu est perçu comme une fin en soi, comme un sujet de droit, et non plus comme un simple objet.

<sup>879</sup> NOWAK, Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights...*, pp. 282-283. L'objet de ce droit est fondamental, car il représente la clef de voûte de tout l'édifice des droits de l'homme, car l'existence juridique de l'individu permet la jouissance des autres droits.

- le droit à un nom et à une nationalité, droits qui permettent d'avoir une identité.<sup>880</sup>  
Il est intéressant de faire ressortir que ces droits, bien qu'essentiels à la protection de la dignité humaine, apparaissent de manière inégale dans les listes de droits indérogeables, mais ont été souvent étendus par l'intermédiaire de l'approche interprétative de certaines instances.<sup>881</sup>

## *ii. Importance du droit pour la cohérence du système*

Un droit, dont la violation entraîne l'impossibilité de respecter les autres droits de la personne, doit être perçu comme indérogeable, en vertu des principes d'indivisibilité et de cohérence des droits de l'homme. Le respect d'un droit indérogeable est parfois nécessaire au respect de l'ensemble de l'édifice. Les droits de l'homme sont supposés former un ensemble unitaire, composé par certains piliers fondamentaux, à savoir:

- le droit à la vie et le droit à la reconnaissance de sa personnalité juridique, car de ces deux droits découle la jouissance d'autres droits;
- l'interdiction de la torture: nécessaire à la jouissance du droit à la liberté et à la sûreté, du droit à la vie, du droit des détenus à être traités avec humanité et de l'interdiction des disparitions forcées;
- les garanties judiciaires indispensables: nécessaires pour garantir l'ensemble des droits indérogeables, ainsi que pour la protection de tous les autres droits;
- l'interdiction de l'esclavage et de la servitude, comme la négation fondamentale de la dignité humaine; également liée à l'interdiction de la discrimination, aux droits des femmes, aux droits des enfants, aux droits des travailleurs, aux droits des migrants et au droit à la liberté;
- le principe de la légalité des délits et des peines: lié au droit à un procès équitable et au droit à la liberté;
- les droits de la famille: lié à l'interdiction des disparitions forcées et aux droits des enfants;
- le droit à un nom et à une nationalité: permettent d'avoir une identité et une existence juridique;
- les droits politiques, dont les libertés de réunions, d'association, d'expression, qui sont nécessaires pour la préservation d'un cadre démocratique favorable à la jouissance des droits de l'homme.

Les droits énumérés ci-dessus ne sont probablement pas tous essentiellement fondamentaux, mais leur compréhension et leur mise en œuvre renvoient à d'autres droits cardinaux, d'où leur présence dans certaines des listes.

---

<sup>880</sup> A ce sujet, voir le *Rapport de la Commission interaméricaine des droits de l'homme sur le Chili*: « *The deprivation of nationality is at times a move in a political battle, but it always has the effect of leaving a citizen of a country without a land or home of his own, forcing him to take refuge in an alien country. That is, it inevitably impinges on another jurisdiction, and no state may take upon itself the power to adopt measures of this sort. If the practice of taking nationality away from citizens were to become generalized, for whatever reasons, and for whatever purposes, a novel method of producing stateless persons would have been introduced into the world. This would happen precisely at the time when a world-wide crusade is under way to alleviate the pitiful status of the thousands of ex-patriates and refugees who have been displaced from their home-lands by political violence, armed conflicts or other publicized catastrophes that have afflicted a large part of humanity in recent years, and who have been obliged to seek sanctuary in a foreign land. For these and many other reasons that need not be explained here, the Commission believes that this penalty—anachronistic, outlandish and legally unjustifiable in any part of the world—is a thousand times more odious and reprehensible when applied in our own Americas, and should forever be banned from being applied by governments everywhere.* », *Third Report on the Situation of Human Rights in Chile*, OEA/Ser.L/V/II.40, doc. 10, 11 avril 1977

<sup>881</sup> Voir *infra* partie III. B. 3.

### iii. Immédiateté de la mise en œuvre

Ce critère offre une explication des raisons pour lesquelles les droits économiques, sociaux et culturels ne sont pas perçus comme indérogeables. En effet, la réalisation de la majorité de ces droits dépend des ressources disponibles au sein de l'Etat concerné, ainsi que de son niveau de développement. Pour ces motifs, il est dit que ces droits sont programmatoires et admettent une réalisation progressive, même si le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a reconnu que certaines obligations en la matière avaient un effet immédiat: l'obligation de garantir les droits sans discrimination, l'obligation de prendre des mesures positives, pour en assurer la jouissance et l'obligation de garantir l'essentiel de chaque droit.<sup>882</sup> La portée de ces obligations n'est pas définie avec précision et il est, par conséquent, complexe d'envisager qu'elles soient revêtues d'un caractère indérogeable. Ce constat peut être illustré par la *Charte Sociale européenne*, qui introduit trois types de dispositions: premièrement des obligations dynamiques à la charge des Etats, soumises au principe de réalisation progressive (articles 1§1 et 2§1, par exemple); ensuite, des dispositions impliquant des obligations immédiates et finalement, un article qui prévoit une obligation minimale.<sup>883</sup> Toutefois, l'article F relatif à la faculté dérogatoire n'établit aucune liste de droits indérogeables.<sup>884</sup>

Une grave crise économique peut en effet obliger un Etat à réduire ses dépenses dans le domaine de l'éducation ou de la santé. Par contre, l'obligation de respecter l'interdiction de la torture ou le droit à la vie ne dépend pas de ce genre de considérations. Ceci se voit être confirmé par la *Convention interaméricaine*, qui fait coexister en son sein, droits civils et politiques et droits économiques, sociaux et culturels. Son article 27§2 ne consacre que des droits civils et politiques en tant que droits indérogeables.

---

<sup>882</sup> *Observation générale N°3, The nature of States parties obligations (art. 2, para. 1 of the Covenant)*, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 1990. Voir aussi, *l'Observation générale N°9* (les articles 3, 7 (a) i, 8§3, 10§3, 13§2 (a), 13§3 et §4 et 15§3 sont considérés comme immédiatement applicables); *Observation générale N°4, The Right to Adequate Housing, Article 11(1)*, 13 décembre 1991: certains aspects du droit au logement sont directement et immédiatement réalisables.

<sup>883</sup> Article 4§1 sur le droit des travailleurs à avoir une rémunération suffisante pour mener une vie digne.

<sup>884</sup> « *Ne supposant qu'une condition négative, les droits civils et politiques peuvent aussitôt être assumés par leurs titulaires, à la différence des droits sociaux et économiques qui demandent la mise en place d'un service public.* », MEYER-BISCH, Patrice, *Le corps des droits de l'homme: l'indivisibilité comme principe d'interprétation et de mise en œuvre des droits de l'homme*,..., p. 136

#### *iv. Caractère non-nécessaire de la dérogation*

Comme établi *supra*, une dérogation, pour être licite, doit respecter les principes de nécessité et de proportionnalité. La dérogation à certains droits de l'homme ne se révèle jamais nécessaire pour lutter contre un danger public. Ce critère a joué un rôle fondamental dans l'élaboration de la liste des droits indérogeables de la *Convention interaméricaine des droits de l'homme* et, dans une plus petite mesure, de celle du *Pacte relatif aux droits civils et politiques*.

*«However, it is apparent that some other provisions of the Covenant were included in the list of non-derogable provisions because it can never become necessary to derogate from these rights during a state of emergency (e.g., articles 11 and 18). »<sup>885</sup>*

Ces droits n'ont aucun lien direct avec la sécurité de l'Etat et sont protégés contre les dérogations, en vertu des deux principes susmentionnés. Les inclure dans la liste des droits indérogeables est une barrière supplémentaire à l'encontre de tout argument pouvant être avancé par un Etat, afin de tenter d'y déroger.

*«In respect of certain rights, no reasonable basis could ever be seriously advanced for their curtailment. In other words, under any conceivable emergency situation envisaged, no restriction of any degree would be required by the exigencies of the situation. »<sup>886</sup>*

Ces droits, auxquels il n'est jamais nécessaire de déroger, sont:

- la liberté de pensée, de conscience et de religion. Cette liberté peut toutefois affecter la sécurité étatique dans sa dimension extérieure, à savoir le droit de manifester sa religion, pour cette raison, cet aspect est assorti de limitations;
- le droit à la reconnaissance de sa personnalité juridique;
- les droits familiaux;
- le droit à un nom;
- les droits de l'enfant;
- le droit à une nationalité;<sup>887</sup>
- le principe de non-emprisonnement pour dette contractuelle.

#### *v. Vulnérabilité accrue du droit en cause pendant une situation de crise*

La protection des droits fondamentaux est souvent mise à mal lors de situations de tension ou de crises graves. Quelques droits de l'homme sont particulièrement vulnérables pendant ces périodes, durant lesquelles les autorités tendent à avoir recours à des moyens particulièrement violents pour rétablir l'ordre.<sup>888</sup> Parmi les droits indérogeables le plus fréquemment violés, révélant ainsi leur extrême fragilité, justifiant ainsi une protection accrue:

---

<sup>885</sup> *Observation Générale N°29, Dérogations pendant un Etat d'urgence (article 4)*, adoptée par le Comité des droits de l'homme à sa 1950<sup>ème</sup> séance, le 24 juillet 2001, *UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11*, 31 août 2001, §11

<sup>886</sup> SEIDERMAN, Ian D., *Hierarchy in International Law: the Human Rights Dimension...*, p. 77

<sup>887</sup> Droit régulièrement enfreint, car il s'agit d'un outil efficace, afin de priver les opposants politiques de leurs droits et libertés.

<sup>888</sup> Soulignons toutefois que de nombreuses violations de droits dérogeables ont également lieu en temps de crise, notamment, la liberté de mouvement, le droit à la vie privée, les libertés d'expression et d'association et le droit à la sécurité et à la liberté.

- les droits de l'enfant (enfants soldats, viols);
- le droit à la vie (exécutions sommaires des opposants; disparitions forcées);
- l'interdiction de l'esclavage et de la servitude (pendant un conflit armé, notamment pour la participation à l'effort de guerre);
- l'interdiction de la torture (obtention d'aveux en un minimum de temps);
- droits politiques (surtout en Amérique latine, pour soumettre les opposants);
- le principe de légalité des délits et des peines. (Les crises entraînent l'adoption de lois pénales rétroactives dans un but expiatoire et l'emploi de tribunaux *ad hoc* pour juger les individus de façon expéditive.)

#### *vi. Les droits démocratiques*

Le système interaméricain attache une importance spécifique aux droits nécessaires à la protection de la démocratie et de ses institutions fondamentales. La Cour interaméricaine a insisté sur le fait que la préservation de la démocratie était la seule raison légitime justifiant la suspension des droits et des libertés.<sup>889</sup> La Commission, se basant sur le caractère indérogeable de l'article 23 de la *Convention*, article qui consacre les droits politiques, a affirmé que la tenue d'élections démocratiques à intervalles réguliers, ne pouvait être réalisée sans la pleine jouissance de la liberté d'association (article 16), du droit de réunion (article 15), du droit de déplacement et de la liberté d'expression (article 13). Ce droits, puisqu'ils sont indispensables au maintien du régime démocratique, doivent être indérogeables.<sup>890</sup> Le principe démocratique constitue un guide dans l'interprétation des traités en matière de protection des droits de la personne humaine. Les droits démocratiques suivants peuvent être cités:

- Les droits politiques, à savoir le droit de participer aux affaires publiques et droit d'élire ses représentants et d'être élu, même s'ils peuvent être réglementés par la loi nationale, dans la *Convention interaméricaine*;
- le principe de légalité des délits et des peines, en tant que principe cardinal du respect de l'état de droit;
- les garanties judiciaires essentielles, comme un outil de préservation de l'état de droit et du principe de légalité démocratique.

---

<sup>889</sup> *Advisory Opinion OC-9/87, Judicial Guarantees in States of Emergency, articles 27(2), 25 and 8 of the American Convention on human rights, requested by the Government of Uruguay, 6 octobre 1987, §24.* De plus, la protection des institutions démocratiques est un principe d'interprétation de la *Convention interaméricaine des droits de l'homme*, en vertu de son article 29 (c): « *Aucune disposition de la présente Convention ne peut être interprétée comme : (...) excluant d'autres droits et garanties inhérents à la personne humaine ou qui dérivent de la forme démocratique représentative du gouvernement.* »

<sup>890</sup> Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Rapport annuel 1990-1991*, p. 530

### *vii. Gravité et impact de la violation*

Le fait que certains droits de l'homme soient immunisés contre les dérogations peut être également sous-tendu par les conséquences issues de leur violation. Une dérogation ne peut excuser des actes constitutifs d'un crime international, comme un génocide ou un crime contre l'humanité.<sup>891</sup> Les organes internationaux ont étendu la liste des droits indérogables, pour notamment y inclure les crimes internationaux.

« 13. c) Le Comité est d'avis que la protection internationale des droits des personnes appartenant à des minorités comporte des aspects qui doivent être respectés en toutes circonstances. Cela est reflété dans l'interdiction du génocide en droit international, dans l'inclusion d'une clause interdisant la discrimination dans l'article 4 lui-même (par. 1) ainsi que par l'interdiction de déroger à l'article 18.

d) Comme le confirme le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, la déportation ou le transfert forcé de population, entendus comme le fait de déplacer des personnes, en les expulsant ou par d'autres moyens coercitifs, de la région où elles se trouvent légalement, sans motifs admis en droit international, constituent un crime contre l'humanité. Le droit légitime de déroger à l'article 12 du Pacte en cas de situation d'exception ne peut en aucun cas être reconnu comme justifiant de telles mesures. »<sup>892</sup>

Il est possible de mentionner les droits qui, lorsque violés sur une grande échelle et de manière systématique et répétée, peuvent mener à la commission d'un crime:

- le droit à la vie, dont la transgression peut mener à la commission de crimes contre l'humanité, de crimes de guerre, de crimes de génocide,...
- l'interdiction des disparitions forcées: dans le système américain, une violation constitue un crime contre l'humanité, en vertu de la *Convention de l'Organisation des Etats Américains sur les disparitions forcées des personnes* du 28 mars 1996;
- les interdictions de la torture<sup>893</sup> et de l'esclavage<sup>894</sup>;
- les droits de l'enfant.

La qualification de certaines conduites comme criminelles reflète la condamnation unanime de ces dernières par la société, qui ne peut tolérer des comportements menaçant ses fondements et ses

---

<sup>891</sup> Notons que la pratique de l'esclavage et la politique d'apartheid sont de nos jours considérées comme des crimes Article 1 de la *Convention sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid*: «1. Les Etats parties à la présente Convention déclarent que l'apartheid est un crime contre l'humanité et que les actes inhumains résultant des politiques et pratiques d'apartheid et autres politiques et pratiques semblables de ségrégation et de discrimination raciales, définis à l'article 2 de la Convention, sont des crimes qui vont à l'encontre des normes du droit international, en particulier des buts et des principes de la Charte des Nations unies, et qu'ils constituent une menace sérieuse pour la paix et la sécurité internationales. » Concernant l'esclavage, voir l'article 3 de la *Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage de 1956*, qui exige des Etats de pénaliser la traite des esclaves.

<sup>892</sup> *Observation Générale N°29, Dérogations pendant un Etat d'urgence (article 4)*, adoptée par le Comité des droits de l'homme à sa 1950<sup>ème</sup> séance, le 24 juillet 2001, *UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11*, 31 août 2001, § 13, alinéas c et d.

<sup>893</sup> Article 2 de la *Convention contre la torture*: « 1. Tout Etat partie prend des mesures législatives, administratives, judiciaires et autres mesures efficaces pour empêcher que des actes de torture soient commis dans tout territoire sous sa juridiction.

2. Aucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse de l'état de guerre ou de menace de guerre, d'instabilité politique intérieure ou de tout autre état d'exception, ne peut être invoquée pour justifier la torture.

3. L'ordre d'un supérieur ou d'une autorité publique ne peut être invoqué pour justifier la torture. »

<sup>894</sup> Concernant l'esclavage, voir Article 7.1.c. du *Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale*, la réduction en esclavage constitue un crime contre l'humanité.

valeurs essentielles; d'où une responsabilité aggravée et un régime de punition spécifique à l'encontre des individus coupables.

#### *viii. Appréciation par les organes internationaux*

Les divers organes internationaux, juridictionnels ou quasi juridictionnels, ont maintes fois rappelé le caractère fondamental de certains droits de l'homme et les obligations découlant de ceux-ci pour les Etats, mais n'ont jamais procédé à une analyse minutieuse, qui aurait permis de saisir le ou les fondements de l'indérogeabilité. Il existe quelques passages intéressants issus d'arrêts et de conclusions, mais leur examen des critères d'identification des droits indérogeables s'est opéré uniquement, lorsqu'il a été question d'étendre les listes à d'autres droits non-expressément mentionnés dans les textes internationaux.

#### **c. Statut juridique: des droits indérogeables purement conventionnels?**

Certaines règles fondamentales reflétant des intérêts collectifs doivent être respectées. Mais quelles sont les conséquences juridiques issues de ces normes d'ordre public, supposées refléter l'existence de valeurs communes et quels droits spécifiques sont porteurs de ces dernières? Le régime juridique, établi dans les systèmes régionaux et universels, procèdent-ils à une distinction entre les droits relevant de ce plafond normatif et les autres? Finalement, existe-t-il un ordre public universel liant l'ensemble des Etats et autres sujets de la communauté internationale ou la société internationale n'est faite que d'une juxtaposition d'ordres publics propres à chaque région? Tant de questions qui ont trait à l'indérogeabilité et à la problématique fondamentale de cette thèse, qui met en doute l'existence d'une indérogeabilité des règles qui dépasserait un contexte purement conventionnel. Il paraît important de s'interroger sur la nature du rapport, qu'entretiennent l'indérogeabilité et la force normative attachée à un droit et sur la portée de cette indérogeabilité conventionnelle et de ses effets au-delà des textes où elle est consacrée.

Les clauses déroatoires sont adaptées au cadre conventionnel, en ce qu'elles comportent des obligations procédurales à la charge des Etats. Toutefois, elles peuvent mener au développement de normes relevant du droit international coutumier, ayant la force juridique de lier les Etats, qu'ils soient ou non parties à des traités en matière de droits de l'homme. Nous ne reviendrons pas sur le processus de formation de la coutume en droit international, l'objectif étant de savoir si certains droits sont également indérogeables en droit international général.

Le principe d'indérogeabilité est d'une importance cruciale pour les régimes de protection des droits de la personne et, on pourrait affirmer qu'il a émergé comme un principe de droit international coutumier. L'indérogeabilité des certains droits a été également reconnue comme un principe général de droit,<sup>895</sup> mais la question centrale à trait à la détermination des droits entrant dans cette catégorie. Il ne s'agit pas de procéder à un examen des droits de l'homme qui relèvent du droit coutumier, mais saisir dans quelle mesure le caractère indérogeable de certains d'entre eux lie les Etats, indépendamment de tout lien conventionnel.<sup>896</sup> Les quatre droits indérogeables communs aux *Conventions européenne et interaméricaine* et au *Pacte international* appartiennent assurément au droit international coutumier, au vu de l'existence d'une pratique consistante en la matière, de leur réaffirmation dans de nombreux instruments et dans la jurisprudence,<sup>897</sup> du manque d'opposition des Etats, parties et non parties aux traités pertinents et de leur réaction en cas de violation. Ces quatre droits devraient, à la lumière de cette pratique cohérente, être indérogeables pour tous les Etats de la communauté internationale, en tant que reflet de normes coutumières en matière de « *droits non-suspendables en période d'état d'urgence* ». <sup>898</sup> Ce constat est confirmé par les projets visant à codifier les normes applicables en période d'états d'urgence, comme les *Principes de Syracuse* qui ajoutent la norme interdisant la discrimination arbitraire,<sup>899</sup>

---

<sup>895</sup> *Etude sur les conséquences pour les droits de l'homme des situations dites d'état de siège ou d'exception*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1982/15, trente-cinquième session, 27 juillet 1982 présentée par le Rapporteur spécial, Mme Nicole Questiaux ; KAUFMAN, Nathalie, MOSHER, Steven A., « General Principles of Law and the UN Covenant on Civil and Political Rights », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 27, 1978, p. 612

<sup>896</sup> La Cour internationale de Justice a reconnu que certaines obligations en matière de droits de l'homme liaient l'ensemble des Etats: voir entre autres, *Affaire du Détroit de Corfou*, Royaume-Uni v. Albanie, Recueil C.I.J 1949, Fond, arrêt du 9 avril 1949, *Statut international du Sud-ouest Africain*, Recueil C.I.J 1951, 11 juillet 1951, *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Recueil C.I.J 1951, 28 mai 1951

<sup>897</sup> Droit à la vie: *Affaire Streletz, Kessler et Krenz v. Allemagne*, Cour européenne des droits de l'homme, Requête 34044/96, 35532/97, 44801/98, Arrêt, 22 mars 2011, §§ 87 et 94; *Affaire Victims of the tugboat « 13 de Marzo » v. Cuba*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Rapport 47/96, case 11.436, 16 octobre 1996, §79; *Affaire Arges Sequeira Mangas v. Nicaragua*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Rapport 52/97, case 11.218, 18 février 1998, § 145; *Observation générale du Comité des droits de l'homme N°6, le droit à la vie*, 30 avril 1982.

Interdiction de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants, TPIY: *Procureur v. Anto Furundzija*, Affaire IT-95-17/1-T, Chambre de Première Instance, jugement du 10 décembre 1998, §§ 144 et 147; *Affaire Kunarac et consorts*, Affaire IT-96-23-T et IT-96-23/1-T, Chambre de Première Instance, jugement du 22 février 2001, § 466; Cour européenne des droits de l'homme: *Affaire Selmouni v. France*, Cour européenne des droits de l'homme, Requête 25803/94, Arrêt du 28 juillet 1999, § 95, *Affaire Al-Adsani v. Royaume-Uni*, Requête 35763/97, Arrêt du 21 novembre 2001, §§ 30 et 34; Cour interaméricaine: *Affaire Bueno-Alves v. Argentine*, 11 mai 2007, série C, 164, §76. Et aussi les instruments internationaux et régionaux spécifiques à la torture.

Notons le peu de jurisprudence sur le principe de non-rétroactivité des lois pénales.

<sup>898</sup> ORAA, Jaime, «The Protection of Human Rights in Emergency Situation under Customary International Law», in GOODWIN-GILL, Guy, TALMON, Stefan, (Eds.), *The reality of international law...*, p. 434; *Human Rights and States of Emergency, Report of the Committee on the Enforcement of Human Rights Law to the 60<sup>th</sup> Conference*, International Law Association, Montreal, 1982, p. 20

<sup>899</sup> Principe 69, *Syracusa principles on the limitation and derogation provisions in the International Covenant on civil and political rights*: « 69. Aucun Etat, qu'il soit ou non partie au Pacte, ne peut suspendre ni violer, même en période de danger public exceptionnel, le droit à la vie; le droit de ne pas être soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Bon plus qu'à une expérience médicale ou scientifique sans son libre consentement; le droit de ne pas être tenu en esclavage ou en servitude; et le droit de ne pas se voir infliger un châtiment pénal rétroactif, comme le prévoit le Pacte.

*Le droit international coutumier interdit, en toutes circonstances, de porter atteinte à ces droits fondamentaux. »*

les *Standards de Paris*, qui incluent le droit à un procès équitable et certains droits liés à la sécurité et la liberté de l'individu ou encore, la *Déclaration de Turku Abö*, qui allonge encore davantage la liste.

« (...) *those rights which were recognized as non-suspendable by Article 4 of the Political Covenant. Article 4 of the Political Covenant, like Article 15 of the European Convention and Article 27 of the American Convention, are indicative of some emerging customary norms in the area of non-suspendable human rights in a state of exception.* »<sup>900</sup>

La jurisprudence de la Cour internationale de Justice a identifié, quant à elle, quatre droits indérogeables en droit international coutumier: le droit à ne pas être tenu en esclavage, le droit à ne pas être sujet à la discrimination raciale, le droit à ne pas être arbitrairement privé de sa liberté et le droit à ne pas être soumis à des traitements inhumains.<sup>901</sup> Hormis ces quelques droits fondamentaux, il demeure difficile d'affirmer que les autres droits et libertés inclus dans les listes de droits indérogeables relèvent du droit international coutumier, étant donné les divergences flagrantes existantes entre les traités, les instruments non-contraignants cités ci-dessus, la jurisprudence et la pratique étatique.

Les droits de l'homme sont reconnus et conférés aux êtres humains, mais uniquement parce que les Etats y ont consenti: comment concilier le caractère transcendantal et intangible des droits de l'homme et la base consensuelle du droit international classique? Telle est bien la question centrale de ce travail: le concept d'indérogeabilité repousse-t-il concrètement les frontières du droit international, en dépassant le consentement des Etats? L'indérogeabilité dans le domaine des droits de l'homme se limite pour le moment au cadre conventionnel et repose prioritairement sur le consentement de l'Etat à restreindre sa propre volonté. Il fut déjà souligné dans le chapitre consacré au *jus cogens*, une tendance liée à l'évocation du concept d'indérogeabilité: la volonté d'étendre les effets des normes prétendument indérogeables, bien au-delà de leur vocation initiale. Alors, à défaut d'être doté d'un statut extra-conventionnel, les droits de l'homme indérogeables ont vu leur champ d'application s'élargir, sous l'effet des stratégies interprétatives adoptées par les divers organes de contrôle, qui visent à multiplier le nombre de droits, qui devraient être exclus du pouvoir dérogatoire des Etats.

---

<sup>900</sup> *Human Rights and States of Emergency, Report of the Committee on the Enforcement of Human Rights Law to the 60<sup>th</sup> Conference*, International Law Association, Montreal, 1982, §20, p. 93

<sup>901</sup> *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-ouest africain) nonobstant la résolution 276 du Conseil de sécurité*, Avis consultatif, Recueil C.I.J 1971, 21 juin 1971, p. 16; *Affaire Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Belgique v. Espagne*, Recueil C.I.J 1970, fond, arrêt du 5 février 1970, p. 32; *Affaires du Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, Etats-Unis d'Amérique v. Iran, Recueil C.I.J 1980, fond, arrêt du 24 mai 1980, § 91.

### **3. Tendance à une expansion continue de la catégorie des droits de l'homme indérogeables**

Les listes conventionnelles de droits indérogeables ne sont pas pourvues d'un caractère immuable et définitif. Ce noyau de droits doit être interprété d'une manière dynamique, ces limites étant variables et évolutives, selon le contexte et l'époque considérés. Par exemple, l'esclavage, autrefois reconnu comme un mode normal de domination, est aujourd'hui condamné comme une pratique contraire au respect de la dignité humaine. La définition de la torture a elle aussi changé, afin d'inclure des actes jadis considérés comme acceptables. Cet ensemble de droits peut être modifié, comme en témoignent de nombreuses entreprises initiées dans cette direction, mais son étendue ne devrait jamais être diminuée ou amputée de certains droits, en vertu du principe d'irréversibilité des droits de l'homme. Nous allons tenter de présenter la manière, par laquelle la catégorie de droits indérogeables a été allongée, notamment par les organes de contrôle internationaux, qui ont eu recours à des interprétations extensives et évolutives des textes.<sup>902</sup> Cette tendance répond non seulement à un besoin pratique de renforcer la protection des droits de l'homme désignés comme indérogeables, mais aussi à un désir de la communauté « droits-de-l'homme » de promouvoir toujours plus la défense des droits humains, ainsi que d'harmoniser les mesures prises dans ce sens. Les élans doivent être cependant modérés, pour ne pas délégitimer la catégorie des droits indérogeables.

#### **a. Causes et implications**

Les listes conventionnelles des droits indérogeables ont pour vocation d'être adaptées aux développements de la société internationale et aux besoins de celle-ci en matière de protection des droits de l'homme. Parallèlement, les Etats se doivent de respecter d'autres obligations que celles, auxquelles ils n'ont pas le droit de déroger, et ceci même lors d'états d'urgence, afin que les droits indérogeables expressément prévus soient réellement protégés. Certains droits ont acquis ce nouveau statut, car, soit ils sont perçus comme nécessaires en vue de l'exercice effectif des droits indérogeables, soit parce qu'ils sont inhérents à l'objet et au but de l'instrument pertinent. De plus, il est aisé de consacrer le caractère indérogeable d'un droit par l'application des principes de proportionnalité et de nécessité. Il paraît indispensable de prendre en compte l'interprétation qui est faite des droits de l'homme et des obligations correspondantes des Etats, en tant qu'elle exerce

---

<sup>902</sup> L'affaire *Tyler* fut une des premières articulations de la méthode de l'interprétation dynamique ou évolutive: « La Cour rappelle en outre que la Convention est un instrument vivant à interpréter, la Commission l'a relevé à juste titre, à la lumière des conditions de vie actuelles. Dans la présente espèce, la Cour ne peut pas ne pas être influencée par l'évolution et les normes communément acceptées de la politique pénale des États membres du Conseil de l'Europe dans ce domaine. L'Attorney-General de l'île de Man a du reste signalé que depuis de longues années on révisé les dispositions législatives mannoises concernant lesdits châtiments. », *Tyler v. Royaume-Uni*, Requête 5856/72, Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 25 avril 1978, § 31.

une influence sur le contenu et la définition de l'indérogeabilité.<sup>903</sup> La position interprétative adoptée vise en effet à donner une pleine efficacité aux droits de l'homme, notamment par l'intermédiaire du principe de l'effet utile.

Outre la jurisprudence des organes de contrôle, de multiples études ont été réalisées, par des organismes publics et privés, afin de délimiter clairement les « standards d'humanité », standards devant être respectés en toute situation. Même si aucun texte contraignant n'a été adopté jusqu'à aujourd'hui, il est indéniable, que ces initiatives ont concouru à agrandir la liste des droits indérogeables et à préciser les contours de ces droits.<sup>904</sup> Ces diverses tentatives peuvent se révéler être des guides interprétatifs utiles, notamment lors de périodes comme celles que nous vivons aujourd'hui, la lutte contre le terrorisme ayant justifié de nombreuses dérogations aux droits de l'homme.

*« (...) This positive development reflects the growing realization, that however serious an emergency may be, nothing can justify any infringement of certain human rights. It also stresses that the ultimate justification for suspending certain rights in specific circumstances is precisely the need to preserve the most fundamental rights. »*<sup>905</sup>

---

<sup>903</sup> « Cette tendance est une consécration dynamique des principes de l'interdépendance et de l'indivisibilité des droits de l'homme, [qui] impliquent le rejet d'une hiérarchisation des droits fondée sur des catégories ou des familles de droits figées et hermétiques, qui n'intégrerait pas le principe de mise en œuvre égale de tous les droits de l'homme. », HENNEBEL, Ludovic, « Les droits intangibles », in BRIBOSIA, Emmanuelle, HENNEBEL, Ludovic, (Dir.), *Classer les droits de l'homme*,..., p. 214

<sup>904</sup> Voir notamment, *supra* **notes de bas de page 616 et 793**: *Syracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, elaborated by an international group of experts in a Symposium held in Syracuse in 1984; *Etude sur les conséquences pour les droits de l'homme des situations dites d'état de siège ou d'exception*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1982/15, trente-cinquième session, 27 juillet 1982 présentée par le Rapporteur spécial, Mme Nicole Questiaux. Cette étude suggéra que la liste du Pacte devait être élargie pour inclure les droits indérogeables reconnus dans les autres instruments; *The Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency*, International Law Association, 1984, proposition des droits suivants: droits des minorités, droit à un recours effectif; *Oslo Statement on Norms and Procedures in Times of Public Emergency or Internal Violence*, 17 June 1987, reproduit dans *Netherlands Journal on Human Rights*, vol. 3, 1987; *Declaration of Minimum Humanitarian Standards, Turku/Abö*, 2 décembre 1990, qui proposa les droits suivants: droit à la personnalité juridique, libertés de pensée et de religion, droit à l'honneur, droit de ne pas être expulsé d'un pays, droit des famille à rester ensemble en cas de déplacement et l'obligation de prendre toutes les mesures pour protéger les droits des minorités et des peuples; *The Administration of Justice and the Human Rights of Detainees: Question of Human Rights and States of Emergency*, *Eighth Annual Report and List of States*, which since 1 January 1985, have proclaimed, extended or terminated a state of emergency, presented by Mr. Leandro Despouy, Special Rapporteur, 47<sup>ème</sup> Session, E/CN.4/Sub.2/1995/20 et Add.1, 26 juin 1995; *Promotion et Protection des droits de l'homme: Règles d'humanité fondamentales*, *Rapport du Secrétaire général présenté conformément à la résolution 2000/69 de la Commission des droits de l'homme*, cinquante-septième session, E/CN.4/2001/91, 12 janvier 2001; *Promotion et Protection des droits de l'homme, Règles d'humanité fondamentales Rapport du Secrétaire général présenté conformément à la décision 2001/112 de la Commission des droits de l'homme*, cinquante-huitième session, E/CN.4/2002/103, 20 décembre 2001; *Documents de la conférence sur la dimension humaine de la CSCE*, Copenhague, 29 juin 1990 et Moscou, 3 octobre 1991, qui a élargi la liste des droits indérogeables en y ajoutant l'obligation pour les gouvernements de prendre toutes les mesures possibles pour garantir les libertés d'expression et d'information, notamment la libre circulation des idées et de l'information relativement aux questions touchant au domaine des droits de l'homme, §§ 28.1-28.10.

<sup>905</sup> *Administration de la Justice, Etat de droit et Démocratie, Question des droits de l'homme et des états d'exception*, *Huitième rapport annuel et liste des Etats qui, depuis le 1er janvier 1985, ont proclamé, prorogé ou abrogé un état d'exception*, présenté par M. Leandro Despouy, rapporteur spécial nommé en application de la résolution 1985/37 du

L'objectif des instances de protection et des organismes privés fut de pallier aux insuffisances et aux lacunes dans le domaine des droits de l'homme et du droit international humanitaire, en tentant de ne pas faire dépendre l'applicabilité des droits de la caractérisation de la situation ou des catégories de personnes. Les dispositions auxquelles toute dérogation est interdite ne se limitent désormais plus à celles expressément visées par les textes. Des droits indérogeables implicites ont été identifiés et il est hautement probable que les défenseurs des droits humains continueront à étendre davantage cet ensemble. Des réticences doivent être émises à l'encontre du bien-fondé d'une extension illimitée et de sa correspondance avec les réalités concrètes.<sup>906</sup>

## **b. Applications pratiques et rôle des organes de contrôle**

### *i. Les garanties procédurales et judiciaires*

Il a été soutenu, que certaines garanties judiciaires et procédurales devaient être maintenues en toute situation, afin que les droits indérogeables puissent être respectés. L'indérogeabilité de ces garanties est perçue comme nécessaire, afin, notamment, de protéger les personnes privées de liberté contre les mauvais traitements, les disparitions forcées et les exécutions sommaires. Il faut souligner, en premier lieu, que cette extension peut être déduite des textes eux-mêmes. Tous les traités établissent, comme condition au droit à déroger, l'exigence que les mesures dérogoratoires ne soient pas « *en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international* », qu'il soit conventionnel ou coutumier. Ceci implique que les Etats ne sont pas autorisés à déroger à leurs obligations, si leurs actions impliquent une violation d'autres obligations du droit international.

Cette condition prend une importance capitale relativement aux garanties judiciaires, ainsi qu'à d'autres droits de l'homme garantis lors de conflits armés.<sup>907</sup> Le droit à un procès équitable et le droit à un recours effectif, ne sont pas des droits indérogeables, au regard de la *Convention européenne* et du *Pacte relatif aux droits civils et politiques*. La *Convention interaméricaine* se distingue sur ce point.<sup>908</sup> L'article 3 commun aux *Conventions de Genève de 1949*, reflète des normes humanitaires minimales, interdit « *les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti de garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés* ». <sup>909</sup> Le droit

---

Conseil économique et social, Additif, quarante-septième session, *E/CN.4/Sub.2/1995/20/Add.1*, 10 novembre 1995, p. 9

<sup>906</sup> ERGEC, Rusen, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles* ..., p. 238

<sup>907</sup> La question de l'indérogeabilité du droit international humanitaire sera traitée dans le chapitre suivant, **III. C.**

<sup>908</sup> Voir l'article 27§2, *in fine*.

<sup>909</sup> Voir le **chapitre III, partie C. 5. c.**, qui examine l'article 3 commun aux *Conventions de Genève*.

international humanitaire impose ici davantage d'obligations aux Etats que le droit international des droits de l'homme et, on pourrait, en conséquence, affirmer que ces garanties devraient être protégées dans des conditions moins dramatiques que les conflits armés. Cette approche, qui emploie une interprétation par analogie fut la base du développement des standards fondamentaux d'humanité. Toutefois, chaque *corpus* juridique a son propre champ d'application et que les obligations imposées aux Etats lors de conflits armés ne sont pas automatiquement transposables à d'autres situations. Le recours à l'analogie ne constitue pas toujours une stratégie interprétative adéquate. Les normes du droit humanitaire ayant été élaborées pour certaines situations spécifiques, toutes les règles de cette branche ne présentent pas un intérêt pour cette étude. Il demeure évident que les règles relatives au traitement humain des personnes et celles ayant trait aux garanties judiciaires représentent une aide précieuse, afin de préciser la teneur exacte de ces droits. Par exemple, la *Convention de Genève III relative aux prisonniers de guerre* énonce le droit à un procès équitable à ses articles 86, 87, 99 et 103-107, tout comme les Protocoles additionnels, aux articles 75 du *Protocole I* et 4, 5, 6 du *Protocole II*, ceci de manière plus détaillée que les instruments de droits de l'homme.<sup>910</sup> Le droit international humanitaire reste pertinent pour la définition et l'interprétation de certains droits et libertés, ainsi que pour la détermination du noyau intangible des droits de l'homme.

La tendance à vouloir inclure les garanties judiciaires dans la catégorie des droits indérogeables met en exergue le caractère fondamental de celles-ci, plus encore dans des cas de détentions administratives et d'autres occurrences de privation de liberté. Les propositions visant à une extension de listes de droits indérogeables ont pour but d'éviter les mauvais traitements et les disparitions de détenus. L'accent est mis sur le danger des détentions *incommunicado*, d'où l'importance d'un contrôle judiciaire sur les détentions, du droit à avoir accès à un avocat et du droit à pouvoir informer et communiquer avec sa famille.

« 35. *In order for habeas corpus to achieve its purpose, which is to obtain a judicial determination of the lawfulness of a detention, it is necessary that the detained person be brought before a competent judge or tribunal with jurisdiction over him. Here habeas corpus performs a vital role in ensuring that a person's life and physical integrity are respected, in preventing his disappearance or the keeping of his whereabouts secret and in protecting him against torture or other cruel, inhumane, or degrading punishment or treatment.* »<sup>911</sup>

Au vu de notre réticence à employer la méthode d'interprétation par analogie, comment peut-on alors considérer comme indérogeables certains droits, qui ne sont pas mentionnés explicitement

---

<sup>910</sup> STAVROS, Stephanos, « The Right to Fair Trial in Emergency situations », *International Law and Comparative Law Quarterly*, vol. 41, 1992, pp. 350 et suivantes

<sup>911</sup> *Advisory Opinion OC-8/87, Habeas Corpus in Emergency Situations, articles 27(2), 25(1) and 7(6) of the American Convention on human rights*, requested by the Inter-American Commission on Human Rights, Cour interaméricaine des droits de l'homme, 30 janvier 1987, § 35

comme tels dans les clauses dérogatoires? Une lecture qui prend en compte le contenu matériel des normes doit être privilégiée. Tout droit implique certaines obligations positives de l'Etat et notamment, des obligations procédurales.

Le Comité des droits de l'homme a étendu la liste par le biais de sa jurisprudence et de ses observations générales, en recourant à une interprétation extensive des droits indérogeables. Dans son *Observation générale N°29*, ce dernier considère que les droits indérogeables énumérés dans le *Pacte* n'englobent pas tous les droits essentiels. Il convient, selon le Comité, d'ajouter entre autres, les droits suivants: interdiction de la prise d'otages, des châtiments collectifs, des privations arbitraires de liberté et les principes fondamentaux garantissant un procès équitable, etc.<sup>912</sup> Le Comité a reconnu que les droits d'*habeas corpus* et d'*amparo* ne devaient pas être limités pendant un état d'urgence et que certaines garanties issues du droit à un procès équitable, consacré à l'article 14 du *Pacte*, devaient absolument être maintenues.<sup>913</sup> Dans le cas d'une procédure, au cours de laquelle une personne est passible de la peine de mort, toutes les garanties de l'article 14 doivent être respectées, afin d'exclure toute privation arbitraire éventuelle du droit à la vie.<sup>914</sup> Si ces garanties étaient suspendues, alors l'essence même et le contenu des droits fondamentaux se verraient affectés.

---

<sup>912</sup> *Observation Générale N°29, Dérogations pendant un Etat d'urgence (article 4)*, adoptée par le Comité à sa 1950<sup>ème</sup> séance, le 24 juillet 2001, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 août 2001, § 13: « 13. Dans les dispositions du *Pacte* qui ne figurent pas au paragraphe 2 de l'article 4, il y a des éléments qui, de l'avis du Comité, ne peuvent pas faire l'objet d'une dérogation licite en vertu de l'article 4. On en donne ci-après quelques exemples représentatifs.

a) Toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine. Bien que ce droit, énoncé à l'article 10 du *Pacte*, ne soit pas expressément mentionné au paragraphe 2 de l'article 4, le Comité considère que le *Pacte* exprime ici une norme du droit international général, ne souffrant aucune dérogation, opinion étayée par la mention de la dignité inhérente à l'être humain faite dans le préambule du *Pacte* et par le lien étroit entre l'article 7 et l'article 10.

b) L'interdiction de la prise d'otages, des enlèvements ou des détentions non reconnues n'est pas susceptible de dérogation. Le caractère absolu de cette interdiction, même dans une situation d'exception, est justifié par son rang de norme du droit international général.

c) Le Comité est d'avis que la protection internationale des droits des personnes appartenant à des minorités comporte des aspects qui doivent être respectés en toutes circonstances. Cela est reflété dans l'interdiction du génocide en droit international, dans l'inclusion d'une clause interdisant la discrimination dans l'article 4 lui-même (par. 1) ainsi que par l'interdiction de déroger à l'article 18.

d) Comme le confirme le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, la déportation ou le transfert forcé de population, entendus comme le fait de déplacer des personnes, en les expulsant ou par d'autres moyens coercitifs, de la région où elles se trouvent légalement, sans motifs admis en droit international, constituent un crime contre l'humanité. Le droit légitime de déroger à l'article 12 du *Pacte* en cas de situation d'exception ne peut en aucun cas être reconnu comme justifiant de telles mesures. e) En aucun cas la proclamation d'un état d'exception faite conformément au paragraphe 1 de l'article 4 ne peut être invoquée par un Etat partie pour justifier qu'il se livre, en violation de l'article 20, à de la propagande en faveur de la guerre ou à des appels à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitueraient une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence. »

<sup>913</sup> *Ibidem*, §§ 15-16

<sup>914</sup> Voir à ce sujet, les rapports du Rapporteur spécial sur la question des exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires et la *Résolution 1984/50* du 25 mai 1984 de l'ECOSOC, codifiant les garanties pour les personnes passibles de la peine de mort.

La Sous-commission des droits de l'homme dans sa *Résolution 1993/26*,<sup>915</sup> la Commission dans sa décision 1994/107 en date du 4 mars 1994, ainsi que le Rapporteur spécial au droit à un procès équitable, ont appelé le Comité à réfléchir à la possibilité d'adopter un Protocole, pour inclure les articles 9§3 et 9§4, ainsi que l'article 14 à la liste des droits indérogeables.<sup>916</sup> Le Comité refusa, argumentant que, d'une part cela diminuerait la protection des ces droits pour les Etats non-parties et que d'autre part, les Etats considéraient déjà les règles de *l'habeas corpus* et de *l'amparo* comme indérogeables. Le Comité considéra que les garanties issues de l'article 9§3 et §4, en combinaison avec l'article 2, étaient « *inherent to the Convention as a whole* ». <sup>917</sup> Une approche modérée de l'article 14 fut adoptée par l'organe, qui stipula que le droit à un procès équitable n'était pas totalement indérogeable. Son indérogeabilité ne doit servir qu'à assurer la protection des droits expressément indérogeables. Ceci fut confirmé par son *Observation générale N° 29*:

« 15. Un élément inhérent à la protection des droits expressément déclarés non susceptibles de dérogation au paragraphe 2 de l'article 4 est qu'ils doivent s'accompagner de garanties de procédure, qui sont souvent judiciaires. Les dispositions du Pacte relatives aux garanties de procédure ne peuvent faire l'objet de mesures qui porteraient atteinte à la protection des droits non susceptibles de dérogation; ce qui implique que l'article 4 ne peut être invoqué dans le but de déroger aux dispositions non susceptibles de dérogation. De plus, étant donné que l'article 6 du Pacte, dans son ensemble, n'est pas susceptible de dérogation, toute imposition de la peine capitale au cours d'un état d'urgence doit être conforme aux dispositions du Pacte et doit, dès lors, être conforme aux garanties des articles 14 et 15. »<sup>918</sup>

Certains éléments du droit à un procès équitable furent perçus comme non-susceptibles de dérogation, étant donné qu'ils sont garantis en période de conflit armé par le droit international humanitaire. Le Comité admit également que le droit à un recours effectif, en cas de violation d'une disposition du *Pacte* par un Etat partie, est indérogeable, car toute dérogation à ce droit

---

<sup>915</sup> Voir aussi, *Le droit à un procès équitable: reconnaissance actuelle et mesures nécessaires pour renforcer cette reconnaissance*, E/CN.4/Sub.2/1994/24, 6 mars 1994, § 165 et annexe 1.

<sup>916</sup> *Doc. Un. E/CN.4/Sub.2/1994/24*, 6 mars 1994, §165

<sup>917</sup> *Rapport du Comité des droits de l'homme*, Quarante-neuvième Session, *UN Doc. A/49/40*, vol. I, Annexe XI, Suppl. 40, 21 septembre 1994, §§ 2-4

<sup>918</sup> Et le § 16 de cette même Observation : « *Toute garantie relative à la dérogation, consacrée à l'article 4 du Pacte, repose sur les principes de légalité et la primauté du droit, inhérents à l'ensemble du Pacte. Certains éléments du droit à un procès équitable étant expressément garantis par le droit international humanitaire en cas de conflit armé, le Comité ne voit aucune justification à ce qu'il soit dérogé à ces garanties au cours d'autres situations d'urgence. De l'avis du Comité, ces principes et la disposition concernant les recours utiles exigent le respect des garanties judiciaires fondamentales pendant un état d'urgence. Seuls les tribunaux peuvent juger et condamner un individu pour infraction pénale. La présomption d'innocence doit être strictement respectée. Afin de protéger les droits non susceptibles de dérogation, il découle du même principe que le droit d'introduire un recours devant un tribunal, dans le but de permettre au tribunal de statuer sans délai sur la légalité d'une détention, ne peut être affecté par la décision d'un État partie de déroger au Pacte.* »

Cette attitude sous-tend déjà les prises de position du Comité dans certaines affaires, notamment *Luciano Weinberger Weisz v. Uruguay*, Communication 28/1978, *U.N. Doc. CCPR/C/OP/I*, 1984, où le Comité ne trouva pas de justification à la suppression du droit à *l'habeas corpus*, même dans les cas de détention administrative; aussi, *Consuelo Salgar de Montejo v. Colombie*, Communication 64/1979, *U.N. Doc. CCPR/C/OP/I*, 1985. Voir l'*Observation générale N°32, Article 14: Droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et droit à un procès équitable*, du 23 août 2007, qui réitère à son § 6: « *Les garanties inhérentes au droit à un procès équitable ne peuvent jamais faire l'objet de mesures qui détourneraient la protection des droits auxquels il ne peut pas être dérogé.* »

pourrait mener à une violation substantielle des droits listés comme indérogeables.<sup>919</sup> Le Comité a employé plusieurs techniques d'interprétation, notamment celle visant à donner un maximum d'effet aux droits, pour augmenter le nombre de droits non-sujets aux dérogations, mais ce faisant il utilisa également l'analogie avec le droit des conflits armés, méthode, que décrite ci-dessus comme inadéquate.<sup>920</sup>

Les organes européens ont, à travers leur jurisprudence, mis en relief le besoin de mettre en place des garanties judiciaires à disposition des personnes privées de liberté, comme une condition de légalité des dérogations. L'exigence d'établir ces garanties est étroitement liée aux principes de nécessité et de proportionnalité.<sup>921</sup> En outre, il fut rappelé que, lorsqu'un Etat déroge à certaines de ses obligations, il ne peut rendre inefficace la protection des droits indérogeables, en suspendant l'ensemble des garanties judiciaires.<sup>922</sup> Une marge d'appréciation est laissée aux Etats parties à la *Convention européenne*, relativement aux choix des moyens à employer, afin d'assurer le respect des droits indérogeables.<sup>923</sup> L'affaire *Brannigan et McBride v. Royaume-Uni*<sup>924</sup> peut être lue de manière à rendre les garanties procédurales et judiciaires également indérogeables et ceci, même quand elles sont appliquées avec un droit dérogeable, en l'espèce le droit à ne pas être privé arbitrairement de sa liberté. Cette approche est distincte de celle adoptée par les autres systèmes, car les organes européens ont toujours tendu à restreindre la catégorie des droits indérogeables à un minimum cohérent.<sup>925</sup> La Cour européenne a également insisté sur l'importance de l'état de

---

<sup>919</sup> §§ 14 - 16 de l'*Observation générale N°29, Dérogations pendant un Etat d'urgence (article 4)*, adoptée par le Comité des droits de l'homme à sa 1950<sup>ème</sup> séance, le 24 juillet 2001, *UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11*, 31 août 2001

<sup>920</sup> Voir également l'*Observation générale N°20 du Comité, 1992, relativement à l'article 7 concernant l'interdiction de la torture et les autres traitements cruels* du 11 mars 1992: le Comité tend à étendre l'indérogeabilité à d'autres droits de l'homme: l'interdiction de tout élément de preuve obtenu par la torture et le droit d'être promptement assisté par un avocat.

<sup>921</sup> *Affaire Irlande v. Royaume-Uni*, Requête 5310/71, Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt, Strasbourg, 18 janvier 1978, § 220 et *affaire Brannigan and McBride v. Royaume-Uni*, Requêtes 14553/89 et 14554/89, Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt, Strasbourg, 26 mai 1993, § 54.

<sup>922</sup> « *It would be inconsistent with the absolute character of these rights if derogation were permitted to procedural guarantees that are now generally accepted to be important in protecting detainees' rights under articles 2 and 3 of the Convention.* », *Comments submitted by Amnesty International*, dans l'*affaire Brannigan and McBride* devant la Cour européenne, §14. Des juges exprimèrent leur sympathie pour ce point-de-vue dans des opinions séparées (Juges Pettiti, Walsh et Martens), mais la Cour n'y prêta pas attention et se contenta de se prononcer sur l'indérogeabilité de l'*habeas corpus*. Elle resta silencieuse sur le statut des autres garanties énumérées à l'article 5§3.

<sup>923</sup> *Affaire Vilvarajah et autres v. Royaume-Uni*, Requête 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 et 13448/87, Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt Strasbourg, 30 octobre 1991, §§117-127.

<sup>924</sup> *Affaire Brannigan and McBride v. Royaume-Uni*, Requêtes 14553/89 et 14554/89, Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt, Strasbourg, 26 mai 1993 et CRYSLER, Edward, « *Brannigan and McBride v. UK: A new direction on Article 15 Derogations under the European Convention on Human Rights* », *Nordic Journal of International Law*, vol. 65, 1996, pp. 91-121

<sup>925</sup> Dans certaines affaires relatives à des cas de détentions administratives, la Cour européenne a souligné l'importance de l'existence de garanties, voir les *affaires Lawless v. Royaume Uni, 1961, Brannigan et McBride, 1993, §62*, cités *supra*. Aussi *affaire Aksoy c. Turquie*, Requête 21987/93, Arrêt Strasbourg, 26 novembre 1996 et *affaire Demir et autres c. Turquie*, Requêtes 21380/93, 21381/93, 21383/93, Arrêt Strasbourg, 23 septembre 1998, §

droit et l'étroite connexion existant entre ce principe et le maintien des garanties judiciaires.<sup>926</sup> L'approche qui considère que la préservation des garanties judiciaires essentielles est indispensable au respect des conditions imposées par les mécanismes dérogatoires semble être raisonnable.

L'article 27§2 de la *Convention interaméricaine* se clôture par la prohibition de suspendre les garanties [judiciaires] indispensables à la protection des droits indérogeables. Il s'agit de la seule clause dérogatoire prévoyant expressément ces garanties. Rappelons que le projet de Convention incluait, dans la liste des droits indérogeables, le droit à ne pas être arrêté arbitrairement et les garanties de « *due process of law* », mais la version finale effaça ces droits. Les Etats-Unis proposèrent alors d'amender le texte pour y introduire les garanties essentielles, amendement qui ne réincorpore pas l'ensemble du droit à la liberté de sa personne et du droit à un procès équitable, mais uniquement certains aspects fondamentaux.<sup>927</sup>

La Cour interaméricaine des droits de l'homme a rendu deux avis consultatifs fort intéressants sur le sujet. La première demande d'avis fut déposée par la Commission, qui désirait savoir si les articles 7§6 et 25§1 de la *Convention* étaient visés par l'article 27§2 *in fine*.<sup>928</sup> La Commission considérait, en effet, que les garanties judiciaires, et notamment *l'habeas corpus*, constituaient une partie du droit à un traitement humain, en tant que pré-requis à sa mise en œuvre. La Cour affirma qu'il lui était impossible de définir précisément les garanties judiciaires indispensables, car la réponse pouvait varier en fonction du droit en cause, des faits de l'espèce et de l'Etat impliqué. Elle soutint toutefois, que les garanties issues des articles 7§6 (*habeas corpus*) et 25§1 (*amparo*) étaient indispensables à la protection de nombreux droits non-susceptibles de dérogation, comme les droits à la vie et à l'intégrité physique. La suspension de ces dernières serait donc incompatible avec les obligations découlant de la *Convention*.<sup>929</sup> La Cour admit de plus que le droit d'*habeas*

---

55: « (...) la privation de l'accès à un avocat, un médecin, un parent, un ami, et l'absence de toute possibilité réaliste d'être traduit devant un tribunal aux fins de contrôle de la légalité de la détention, signifieraient que le requérant était complètement à la merci de ses gardiens. »

<sup>926</sup> *Affaire Golder v. Royaume-Uni*, Requête 4451/70, Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt, Strasbourg, 21 février 1975, § 34 et *affaire Klass v. Allemagne*, Requête 5029/71, Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt, Strasbourg, 6 septembre 1978, § 55: « *One of the fundamental principle of a democratic society is the rule of law (...) it implies, inter alia, that an interference by the executive authorities with an individual's rights should be subject to an effective control, which should be assured by the judiciary (...) offering the best guarantees of independence, impartiality and a proper procedure (...).* »

<sup>927</sup> *Annotations on the Draft Inter-American Convention on Protection of Human Rights, Inter-American Specialized Conference on Human Rights*, San José, OEA/Ser.K/XVI/1.1 doc 12, 1969

<sup>928</sup> *Advisory Opinion OC-8/87, Habeas Corpus in Emergency Situations, articles 27(2), 25(1) and 7(6) of the American Convention on human rights, requested by the Inter-American Commission on Human Rights*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, 30 Janvier 1987, §11.

<sup>929</sup> *Ibidem*, §§ 42-43

*corpus* devait rester à disposition des individus, afin de pouvoir contester la licéité des mesures affectant des droits dérogeables, comme celles ayant trait au droit à la liberté.<sup>930</sup> L'indérogeabilité des garanties fut aussi déduite du principe de nécessité dans ce cas précis.<sup>931</sup>

La Cour alla encore plus loin dans le deuxième Avis consultatif « *Judicial Guarantees in States of Emergency, articles 27(2), 25 and 8 of the American Convention on human rights* », dans lequel elle déduisit de l'article 1§1, qui impose l'obligation de respect des droits, le droit de chaque personne de bénéficier des garanties issues de l'article 25§1, à savoir le droit à un recours effectif. Les Etats sont tenus par le devoir de permettre le recours judiciaire, même dans les cas où la dérogation pourrait être justifiée. Une situation d'urgence ne peut excuser la suppression de ces garanties judiciaires, ni en affecter l'efficacité.<sup>932</sup> Il en va de même pour le droit à un procès équitable, mentionné à l'article 8 de la *Convention interaméricaine*: les garanties issues de cet article ne peuvent être suspendues, car elles sont une pré-condition au bon fonctionnement des autres garanties judiciaires. Par conséquent, dans les procédures judiciaires entreprises sur la base du droit d'*habeas corpus*, les exigences de *due process* issues de l'article 8 ne peuvent être mises à l'écart. La Cour examina aussi l'article 27§2 en lien avec l'article 29 (c).<sup>933</sup> elle conclut que les

---

<sup>930</sup> *Ibidem*, §§38-39

<sup>931</sup> La Commission aussi insistera sur le caractère indérogeable des garanties judiciaires: «*Under the provisions of Article 27§2 of the Convention- both remedies- namely, amparo and habeas corpus- are in essence, indispensable judicial remedies. They can not be suspended, even in times of emergency.* », *Rapport Annuel de la Commission, 1986-1987*, pp. 86-87

<sup>932</sup> *Advisory Opinion OC-9/87, Judicial Guarantees in States of Emergency, articles 27(2), 25 and 8 of the American Convention on human rights*, requested by the Government of Uruguay, Cour interaméricaine des droits de l'homme, 6 octobre 1987, § 25: «*But it must also be understood that the declaration of a state of emergency --whatever its breadth or denomination in internal law-- cannot entail the suppression or ineffectiveness of the judicial guarantees that the Convention requires the States Parties to establish for the protection of the rights not subject to derogation or suspension by the state of emergency.* » Et §§ 28-29: «*28. Article 8 recognizes the concept of «due process of law», which includes the prerequisites necessary to ensure the adequate protection of those persons whose rights or obligations are pending judicial determination. This conclusion is justifiable in that Article 46( 2 )( a ) uses the same expression in establishing that the duty to pursue and exhaust the remedies under domestic law is not applicable when "the domestic legislation of the state concerned does not afford due process of law for the protection of the right or rights that have allegedly been violated"*.

*29. The concept of due process of law expressed in Article 8 of the Convention should be understood as applicable, in the main, to all the judicial guarantees referred to in the American Convention, even during a suspension governed by Article 27 of the Convention.* »

Une jurisprudence assez abondante fut développée par les organes américains, notamment en lien avec des affaires concernant la licéité de lois d'amnistie, de grâce ou de commutation de peine. Voir les *Rapports de la Commission interaméricaine des droits de l'homme sur Argentine (1992) et sur l'Uruguay (1992) et affaire Velasquez Rodriguez v. Honduras*, jugement du 29 juillet 1988, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Series C, N° 4, 1988, § 162 et §§ 172-176. Ces affaires concernent l'obligation des Etats d'enquêter sur les allégations de violations, de les punir et de fournir aux prétendues victimes un recours effectif devant une instance judiciaire ou une instance pouvant rendre un décision contraignante.

<sup>933</sup> Article 29 (c) de la *Convention interaméricaine*, normes d'interprétation: «*Aucune disposition de la présente Convention ne peut être interprétée comme: (...)*  
*c. excluant d'autres droits et garanties inhérents à la personne humaine ou qui dérivent de la forme démocratique représentative de gouvernement; ...* »

garanties judiciaires essentielles sont celles qui sont indispensables à la protection de l'état de droit et des institutions démocratiques, et que, de ce fait, elles doivent être protégées en période de crise.

En réalité, la Cour a formulé le principe, selon lequel toutes les garanties nécessaires pour la protection des droits indérogeables et de leur efficacité ne peuvent être suspendues lors d'un état d'urgence. A nouveau, la Cour resta prudente sur la détermination exacte de chaque garantie, laissant la porte ouverte à une éventuelle extension.<sup>934</sup> Cette approche relativement progressiste de l'organe judiciaire américain correspond à son attachement aux principes d'état de droit, de démocratie et de séparation des pouvoirs, conditions élémentaires pour faire partie de l'Organisation des Etats américains. La proclamation d'un état d'exception a pour objectif de préserver la forme démocratique de la société et non de la détruire. Toute méthode visant à l'anéantissement des droits indérogeables et dérogeables est condamnable.<sup>935</sup> Cette approche permet à tout droit de devenir indérogeable, s'il est nécessaire à la protection d'un droit explicitement indérogeable: toute obligation positive à la charge des Etats, liée à un droit indérogeable, deviendrait applicable en toutes circonstances, comme par exemple, l'obligation d'enquêter, de poursuivre et de punir des cas de torture ou d'atteintes au droit à la vie.<sup>936</sup>

Cette position interprétative rapproche les droits de l'homme indérogeables et les droits dérogeables: les droits non-susceptibles de dérogations ne sont pas toujours suffisants pour protéger les individus contre les excès et les abus de pouvoir perpétrés par les autorités. Les deux catégories de droits se confondent et deviennent nécessaires à la protection de l'ensemble du corpus. Les garanties judiciaires ont acquis une indérogeabilité fonctionnelle, grâce à une interprétation des organes de contrôle, qui tendent à octroyer aux droits de l'homme la plus grande efficacité possible.<sup>937</sup> Malheureusement, ces développements n'ont pas eu l'impact attendu en

---

<sup>934</sup> *Advisory Opinion OC-9/87, Judicial Guarantees in States of Emergency, articles 27(2), 25 and 8 of the American Convention on human rights*, requested by the Government of Uruguay, Cour interaméricaine des droits de l'homme, 6 octobre 1987, §§ 25-30 et § 40. La Cour mettra en application ces principes dans l'affaire *Neira Algeria*. Elle condamna l'Etat pour avoir commis des violations aux articles 7§6 et 27§2, certaines mesures prises lors de l'état d'urgence ayant porté gravement atteinte aux règles de l'*habeas corpus*, *Neira Algeria et al. Case v. Peru*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, jugement du 19 janvier 1995, Series C, N°. 21, 1995, §§ 81-84.

<sup>935</sup> Article 29 de la *Convention*.

<sup>936</sup> QUINN, Robert J., « Will the rule of law end? Challenging grants of amnesty for the human rights violations of a prior regime: Chile's new model », *Fordham Law Review*, vol. 62, 1993-1994, p. 945. Ce raisonnement mène donc à l'interdiction de toutes lois amnistiant les violations des droits de l'homme indérogeables ou octroyant l'impunité aux coupables. La Commission interaméricaine a émis un rapport en 2002 concernant le terrorisme et les droits de l'homme, dans lequel elle précise un peu plus sa position sur ces questions, *Report on Terrorism and Human Rights*, OEA/Ser.L/V/II.116, 22 octobre 2002, Commission interaméricaine des droits de l'homme <http://www.cidh.org/Terrorism/Eng/toc.htm>, partie D du rapport.

<sup>937</sup> Nous ne tenterons pas de définir exactement quelles garanties judiciaires sont indispensables à la protection des droits indérogeables, pour cela voir entre autres *Body of Principles for the Protection of all Persons under Any Form of Detention and Imprisonment, Résolution de l'Assemblée Générale 43/173*, du 1988, ainsi que les *Standards de*

pratique, la lutte contre le terrorisme ayant mené à la mise en place de mesures allant à l'encontre des standards de justice et de démocratie. Il est pertinent de noter que la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a elle aussi considéré que certaines des garanties énoncées à l'article 7 de la Charte revêtaient un caractère indérogeable, en tant que protection minimale des citoyens soumis à des régimes militaires anti-démocratiques.<sup>938</sup>

*ii. Le principe d'interdiction de toute discrimination*

Le principe d'égalité représente le pilier et le fondement de tous les droits de l'homme, ainsi qu'une condition préalable à leur exercice. L'égalité constitue le corollaire et la manifestation la plus éclatante du concept de dignité humaine: les hommes sont nés libres et égaux et pour cette raison, ils possèdent des droits inhérents à leur statut d'être humain. La *Charte des Nations Unies* consacre le principe, en demandant aux Etats de favoriser « *le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion* ». <sup>939</sup> Le droit à ne pas être discriminé dans la jouissance de ses droits est d'ailleurs le seul droit humain explicitement mentionné dans la Charte. De plus, la *Convention pour la suppression et l'élimination du crime d'apartheid* et la *Convention pour la prévention et la suppression du crime de génocide* criminalisent les actes discriminatoires couverts par les textes. Les crimes de génocide et d'apartheid impliquent la violation des droits de l'homme fondamentaux, sur la base de la race, de la nationalité, de la religion ou de l'ethnie des individus visés. On peut déduire que le droit à ne pas être systématiquement discriminé, en tout cas en raison de sa race ou de son ethnie, possède une force et une valeur normatives particulières en droit international. Notons que le Cour internationale de justice a déclaré dans l'*affaire du Barcelona Traction* que la discrimination raciale violait les standards coutumiers internationaux, indépendamment de tout lien conventionnel.<sup>940</sup> Cependant, l'interdiction de la discrimination pour

---

Paris, la *Déclaration de Turku Abö* et les *Principes de Syracuse*, le *Rapport de Nicole Questiaux*, p. 45 et le *Rapport de Leandro Despouy*, pp. 53-56. Voir aussi la *Convention internationale pour la protection des personnes contre les disparitions forcées*, adoptée le 20 décembre 2006 par l'Assemblée générale, articles 18-20. Il ressort que les garanties devant être considérées comme indérogeables sont celles qui préservent la démocratie, l'indépendance du pouvoir judiciaire et la justice. Il ressort des études, que seuls trois aspects des garanties de *due process* sont susceptibles d'être l'objet de dérogations: le droit d'être jugé publiquement, le droit d'être jugé sans retard et le droit à l'égalité des armes (interrogatoire et comparution de témoins).

<sup>938</sup> *Civil Liberties Organization, Legal Defense Centre, Legal Defense and Assistance Project v. Nigeria*, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Communication 218/98, avril-mai 2001, §§26-27

<sup>939</sup> Article 55.c. Confirmé par la *Déclaration universelle*, par le *Préambule des deux Pactes internationaux*, ainsi que la *Déclaration de Vienne sur les droits de l'homme* de juillet 1993, A/CONF.157/23, 12 juillet 1993

<sup>940</sup> *Affaire Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Belgique v. Espagne*, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J 1970, fond, arrêt du 5 février 1970, p. 32, § 34. Le caractère fondamental de la prohibition de la discrimination raciale fut également souligné dans *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-ouest africain) nonobstant la résolution 276 du Conseil de sécurité*, Avis consultatif, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J 1971, 21 juin 1971, p. 57 De plus, la discrimination raciale fut considérée comme constitutive d'un traitement dégradant, en tant qu'affront à la dignité humaine, dans *East African*

des motifs liés au sexe, à la langue ou à la religion possède une place plus contestée en droit international général, vu le manque de consensus existant à ce sujet. L'égalité entre les êtres humains s'est traduite juridiquement par le principe de non-discrimination. L'interdiction de discrimination est une obligation à la charge des Etats, mais n'est pas le corollaire exact du principe général d'égalité; il s'agit davantage d'une égalité de traitement devant la loi. Le droit des individus à ne pas être discriminés n'est pas consacré comme un droit indérogeable par les instruments internationaux et est, en outre, limité par certains critères. La prohibition de discriminer n'empêche pas une classification ou une distinction raisonnable et objective.<sup>941</sup>

Ce droit se retrouve dans les conventions internationales, par exemple l'article 14 de la *Convention européenne* ou de manière diffuse dans le *Pacte relatif aux droits civils et politiques*, consacrant l'égalité homme-femme relativement au droit au mariage à son article 23 et l'égalité devant la loi à son article 26.<sup>942</sup> Ces dispositions interdisent tout traitement inégal dans l'exercice des droits consacrés. D'autres conventions internationales réitèrent la prohibition: la *Constitution de l'UNESCO*, la *Convention N°111 relative à l'interdiction de la discrimination en matière d'emploi et de profession*, la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, la *Convention pour la suppression de la discrimination dans l'éducation*, ou encore les *Conventions de Genève de 1949*, la *Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination contre les femmes*. La discrimination prohibée est celle qui implique le traitement inégal et défavorable à l'encontre de certains groupes d'individus spécifiques. Les mesures spéciales sont autorisées pour protéger un groupe, afin de préserver son égalité de fait.<sup>943</sup>

---

*Asians v. United Kingdom*, Application 4403/70, Rapport de la Commission européenne des droits de l'homme, 1981, p. 86.

<sup>941</sup> *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique v. Belgique*, Cour européenne des droits de l'homme, Requêtes 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, Arrêt Strasbourg, 23 juillet 1968, p. 34; *Proposed Amendment to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica*, *Advisory Opinion OC-4/84*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Série A N°4, 19 janvier 1984, §§ 52-63 : « 56. (...) There may well exist certain factual inequalities that might legitimately give rise to inequalities in legal treatment that do not violate principles of justice. They may in fact be instrumental in achieving justice or in protecting those who find themselves in a weak legal position. For example, it cannot be deemed discrimination on the grounds of age or social status for the law to impose limits on the legal capacity of minors or mentally incompetent persons who lack the capacity to protect their interests.

57. Accordingly, no discrimination exists if the difference in treatment has a legitimate purpose and if it does not lead to situations which are contrary to justice, to reason or to the nature of things. It follows that there would be no discrimination in differences in treatment of individuals by a state when the classifications selected are based on substantial factual differences and there exists a reasonable relationship of proportionality between these differences and the aims of the legal rule under review. These aims may not be unjust or unreasonable, that is, they may not be arbitrary, capricious, despotic or in conflict with the essential oneness and dignity of humankind. »

<sup>942</sup> Aussi, les articles 3, 4, 14, 20, 23§4, 24, 25, 26. Pour la *Convention interaméricaine*, les articles 17, 24, 27.

<sup>943</sup> Article 1§4 de la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* et article 4 de la *Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination contre les femmes*.

Des mesures discriminatoires peuvent être également imposées aux droits des non-citoyens.<sup>944</sup> Finalement, en temps de guerre, un Etat belligérant peut limiter les droits des étrangers ayant la nationalité ennemie.<sup>945</sup>

Dans le cadre européen, l'article 14 fut pendant longtemps considéré comme un droit non-autonome, à savoir qu'il ne pouvait être appliqué uniquement en conjonction avec un autre article de la *Convention*. La Cour européenne a, par la suite, procédé à une autonomisation du principe, notamment dans son arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali v. Royaume-Uni*.<sup>946</sup> Le *Protocole N°12* établit une interdiction générale de la discrimination à l'égard de tout droit prévu par la loi. Le Comité des droits de l'homme a également autonomisé l'article 26 du *Pacte relatif aux droits civils et politiques*: l'article 26 impose à l'Etat d'adopter une législation interdisant la discrimination et assurant l'égalité devant la loi, ce qui confère une portée indépendante à ce dernier, et ceci en rapport avec n'importe quel droit ou liberté.<sup>947</sup>

Relativement à la problématique générale de ce chapitre, les mesures dérogatoires sont soumises au principe de non-discrimination, cette condition étant intégrée expressément dans les clauses dérogatoires de la *Convention interaméricaine* et du *Pacte*, mais elle se voit limitée par leur formulation, « *fondées uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale* ». Le terme « uniquement » exprime l'exhaustivité des motifs et exclut ceux liés à la nationalité et à l'opinion politique, pourtant présents à l'article 2 du *Pacte* et à l'article 1§1 de la *Convention interaméricaine*. Par ce biais, l'interdiction de discrimination devient indérogable, mais de manière restreinte: il est possible de discriminer, si un motif raisonnable ou un but légitime est présent; par contre, toute discrimination arbitraire est interdite.<sup>948</sup> Il semble évident qu'il n'est pas nécessaire de transgresser le principe de prohibition de la discrimination arbitraire

---

<sup>944</sup> Article 2§3 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, articles 12§4, 13 et 25 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et article 16 de la *Convention européenne*, article 23 de la *Convention interaméricaine* : sur le droit à participer aux affaires publiques et au processus démocratique.

<sup>945</sup> Articles 35-46 et 79-135 de la *Convention de Genève IV*

<sup>946</sup> *Affaire Abdulaziz, Cabales et Balkandali v. Royaume-Uni*, Requêtes 9214/80, 9473/81 et 9474/81, Arrêt Strasbourg, Cour européenne des droits de l'homme, 28 mai 1985, §71: « *D'après la jurisprudence constante de la Cour, l'article 14 (art. 14) complète les autres clauses normatives de la Convention et des Protocoles. Il n'a pas d'existence indépendante puisqu'il vaut uniquement pour "la jouissance des droits et libertés" qu'elles garantissent. Certes, il peut entrer en jeu même sans un manquement à leurs exigences et, dans cette mesure, possède une portée autonome, mais il ne saurait trouver à s'appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l'empire de l'une au moins des dites clauses (voir notamment l'arrêt Rasmussen précité, série A n° 87, p. 12, § 29).* » Auparavant, la Cour avait déjà admis que le droit à ne pas être discriminé était partie intégrante de chaque article de la Convention, mais qu'il n'était pas subordonné à une violation préalable du droit en question. Voir l'*affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique v. Belgique*, Cour européenne des droits de l'homme, Requêtes 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, Arrêt Strasbourg, 23 juillet 1968, § 9.

<sup>947</sup> *General Comment N° 18, Non-discrimination*, Comité des droits de l'homme, 10 novembre 1989.

<sup>948</sup> *Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica*, Advisory Opinion AC 4/84, 19 janvier 1984, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Série A, § 53.

pour faire face à un danger public, mais il peut se révéler utile de procéder à certaines distinctions. Il s'agit d'une indérogabilité relative: lors de la rédaction des conventions, bon nombre de représentants avaient soulevé le besoin de discriminer, notamment par rapport au traitement des étrangers ennemis lors de conflits armés. Discriminer sans motif est illégitime et rend la dérogation illicite et à nouveau, les principes de nécessité et de proportionnalité consolident le raisonnement.

L'article 15 de la *Convention européenne* est problématique, car il ne reprend pas ce critère de non-discrimination, parmi les conditions permettant de déroger. L'article 14 constitue une interdiction de la discrimination plus large que celle du *Pacte* ou de la *Convention interaméricaine*, les motifs y étant énumérés de manière exemplative. Accepter le caractère indérogable de l'article 14 revient à avoir une interprétation extensive et téléologique de ce dernier, qui cadre avec le système de la *Convention*:

« Dans cette perspective, l'article 15, qui n'a pas d'existence indépendante, s'incorpore en quelque sorte dans les clauses normatives auxquelles une dérogation est autorisée. Il se superpose ainsi aux restrictions particulières dont ces droits sont assortis. Partant, puisque l'article 14 s'applique à ces restrictions, il discipline à fortiori la dérogation qui n'en est que le prolongement. »<sup>949</sup>

L'association de l'article 14 à l'obligation de compatibilité avec les autres obligations du droit international, transforme le droit à ne pas être soumis à toute forme de discrimination arbitraire en un droit quasi-indérogable dans le cadre européen.

Le Comité des droits de l'homme a reconnu que certains aspects seulement du droit à ne pas être discriminé sont indérogables, dans son *Observation générale N° 29*, au paragraphe 8:

« En vertu du paragraphe 1 de l'article 4, pour qu'une quelconque dérogation aux dispositions du Pacte soit justifiée, il faut que les mesures prises n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale. Bien que l'article 26 ou les autres dispositions du Pacte concernant la non-discrimination (art. 2 et 3, par. 1 de l'article 14, par. 4 de l'article 23, par. 1 de l'article 24 et art. 25) ne figurent pas parmi les dispositions non susceptibles de dérogation énoncées au paragraphe 2 de l'article 4, il y a des éléments ou aspects du droit à la non-discrimination auxquels aucune dérogation n'est possible, quelles que soient les circonstances. En particulier, cette disposition du paragraphe 1 de l'article 4 doit être respectée s'il est fait une quelconque distinction entre les personnes quand des mesures dérogeant au Pacte sont appliquées. »

Par conséquent, l'interdiction de la discrimination, qui ne fut pas initialement conçue comme une disposition indérogable, le devient en partie, d'une part grâce à l'application des conditions de mise en œuvre des mesures dérogatoires et d'autre part, par l'intermédiaire de stratégies

---

<sup>949</sup> ERGEC, Rusen, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles ...*, p. 285

interprétatives des organes de protection, visant à offrir la lecture la plus large possible des droits.<sup>950</sup>

### *iii. Les nouveaux domaines et les domaines sous-estimés: aperçu général*

#### Le droit à un environnement sain

*« Tous les peuples ont droit à un environnement satisfaisant et global, propice à leur développement. »<sup>951</sup>*

Le droit à un environnement sain, reconnu pour la première fois en 1972 dans le cadre onusien, tout comme le droit à la paix ou le droit au développement, sont considérés comme des droits de « troisième génération » ou des « droits de solidarité », car ils impliquent un effort constant et global de l'ensemble des membres de la communauté internationale.<sup>952</sup> L'objectif n'est pas de délimiter les contours du droit à un environnement sain et encore moins de définir son statut en droit international, même si le droit de l'environnement est la branche, qui connaît le développement le plus spectaculaire ces dernières années. Ce droit entretient des liens extrêmement étroits avec les droits indérogeables. Le droit de vivre dans un environnement sain concerne notamment, le droit à la vie, le droit à être traité dignement, le droit à ne pas subir des mauvais traitements.<sup>953</sup>

*« The protection of environment is... a vital part of contemporary human rights doctrine, for it is a sine qua non for numerous human rights such as the right to health and the right to life itself. »<sup>954</sup>*

Les menaces environnementales peuvent mettre en péril la vie de larges groupes de personnes et affecter gravement la qualité de vie de ces derniers. De là, l'obligation pour les Etats de prendre des mesures efficaces pour protéger les individus contre ce genre de dangers et éviter l'occurrence de catastrophes environnementales.

---

<sup>950</sup> La question du droit des minorités et des peuples autochtones ne sera pas abordée ici, ceci pouvant faire l'objet d'une thèse. Notons qu'il est indéniable que le droit des peuples à l'auto-détermination fait partie du droit international général et revêt même le caractère de norme de *jus cogens*, à travers la réaffirmation constante de ce droit dans les divers forums internationaux et dans des nombreux textes: articles 1 et 55 de la *Charte des Nations Unies*; article 1 des deux *Pactes* de 1966; *Résolution 1514* de l'Assemblée générale, entre autres. Voir le rapport de Hector Gros Espiell, *The Right to Self-Determination: Implementation of UN Resolutions, E/CN.4/Sub.2/405 Rev.1*, 1980. Relativement aux droits des minorités, le Comité des droits de l'homme a souligné le caractère indérogeable de certains aspects de l'article 27 du *Pacte*, § 13 (c) de son *Observation générale N°29*.

<sup>951</sup> *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, article 24.

<sup>952</sup> *UN Conference on the Human Environment*, Stockholm, 5-6 June 1972, Rapport et Résolution de l'Assemblée Générale 2994, 1972.

<sup>953</sup> *Affaire Lopez Ostra v. Espagne*, Commission Européenne des droits de l'homme, Requête 16798/90, 31 août 1993. Dans cette affaire, l'obligation de vivre à côté d'une station d'épuration d'eau et de recyclage de déchets fut considérée comme une violation de l'article 3 de la *Convention* selon l'avis du plaignant, mais la Commission et, par la suite la Cour, l'assimilèrent à une violation du droit à la vie privée.

<sup>954</sup> *Affaire Gabcikovo-Nagymaros*, Hongrie v. Slovaquie, Arrêt du 25 septembre 1997, Cour internationale de Justice, Recueil 1997, Opinion séparée du juge Weeramantry.

Ces droits de solidarité demeurent difficilement appréhendables et ils sont dotés d'un caractère imminent programmatoire et collectif. Il est complexe de les classer dans la catégorie des droits indérogeables, au vu du manque de précision de leur définition et de leur champ d'application, bien qu'ils protègent des intérêts essentiels pour l'ensemble de la communauté internationale. A la lumière de l'évolution des considérations de la société, le droit à un environnement sain deviendra probablement un droit intangible dans un futur plus ou moins proche. Parmi les nouveaux droits, il est assurément celui qui se prête le mieux aux tentatives de clarification de sa portée; il serait aisé de développer un programme systématique d'élaboration de normes internationales assorties de procédures de contrôle. Le droit à un environnement sain, tel qu'il permet une vie digne et le bien-être de chacun, ne peut que revêtir un statut de droit indérogeable à l'avenir. D'ailleurs certains aspects de ce droit peuvent être déjà perçus comme faisant partie du droit international général,<sup>955</sup> en tant que reflet de préoccupations collectives globales. La valeur matérielle de ce droit, ainsi que la non-nécessité d'y déroger dans la plupart des cas de dangers publics, renforcent la conclusion atteinte. Toutefois, il n'existe pas encore de consensus sur le statut normatif des obligations en matière environnementale, ni sur le caractère pénal de leurs violations. Des divergences persistent entre les Etats sur l'étendue de leurs obligations en la matière. La forte opposition entre les Etats industrialisés, comme les Etats-Unis ou la Chine, et les Etats plus soucieux de préserver la planète, empêche pour le moment tout accord global sur la question.

### Les droits des enfants

La *Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989* ne contient aucune disposition concernant les situations d'exception. Les états d'urgence ont pourtant de graves conséquences sur les enfants, catégorie hautement vulnérable, comme en peut en témoigner la problématique des enfants soldats, des orphelins, ainsi que les disparitions, le trafic ou l'exploitation des enfants. L'absence de mécanisme dérogatoire ne signifie pas que la *Convention sur les droits de l'enfant*

---

<sup>955</sup> Voir l'arbitrage dans *l'affaire Trail Smelter*, Etats-Unis v. Canada, 11 mars 1941, qui a établi qu'il existait un devoir général des Etats de ne pas causer des dommages environnementaux au territoire des autres Etats. De plus, un signe récent de développement a été donné par les organes onusiens. Le Conseil de Sécurité dans sa Résolution 687 du 3 avril 1991 énonça au paragraphe 16: « Réaffirme que l'Irak, sans préjudice de ses dettes et obligations antérieures au 2 août 1990, questions qui seront réglées par les voies normales, est responsable, en vertu du droit international, de toutes les pertes, de tous les dommages, y compris les atteintes à l'environnement et le gaspillage délibéré de ressources naturelles, ainsi que de tous les préjudices subis par d'autres Etats et par des personnes physiques et des sociétés étrangères, directement imputables à l'invasion et à l'occupation illicites du Koweït par l'Irak ». La Cour internationale de Justice dans son Avis consultatif de 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, C.I.J Recueil 1996, 8 juillet 1996, a quant à elle affirmé au §29: « L'obligation générale qu'ont les Etats de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement dans d'autres Etats ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale fait maintenant partie du corps de règles du droit international de l'environnement. » Egalement, l'article 55 du *Protocole Additionnel I aux Conventions de Genève*, qui interdit tout moyen ou méthode de guerre susceptible de causer des dommages graves, durables et étendus à l'environnement et l'article 8(2) b. iv. du *Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale*, qui érige l'infraction en crime de guerre.

soit entièrement intangible; elle peut être d'ailleurs dénoncée ou être sujette à des réserves.<sup>956</sup> Certains droits devraient être pourtant élevés au rang des droits indérogeables:<sup>957</sup> le principe de non-discrimination (article 2), le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant (article 3), article pivot de la convention, et tous les droits qui sont considérés comme indérogeables pour les adultes: droit à la vie, droit au respect de son intégrité physique, droit à la reconnaissance de sa personnalité juridique. L'article 38 de la *Convention*, qui a trait à la protection de l'enfant pendant un conflit armé, renvoie directement au droit international humanitaire, ensemble juridique, qui comme nous le verrons, est perçu par certains comme indérogeable. L'interdiction de la peine de mort à l'encontre des mineurs fut reconnue par la Commission interaméricaine comme une règle indérogeable de droit international général relevant du *jus cogens*. L'organe s'est néanmoins refusé de fixer la limite à 18 ans, considérant que le consensus atteint n'était pas assez large relativement à l'âge minimal.<sup>958</sup> La *Convention sur les droits de l'enfant* consacra définitivement l'interdiction de la peine de mort à l'encontre des mineurs de moins de 18 ans, à son article 37 (a)<sup>959</sup>

Seule la *Convention interaméricaine* stipule expressément que les droits des enfants ne sont pas susceptibles d'être soumis aux dérogations. Les droits des enfants sont pourtant consacrés dans de multiples instruments et déclarations.<sup>960</sup> De ce fait, par extension et par application du principe de comptabilité, les enfants devraient être protégés en toutes circonstances. De plus, il est difficilement imaginable que la restriction de certains droits d'une catégorie aussi vulnérable d'individus puisse se révéler être nécessaire en période d'urgence, à moins que cela n'ait pour but de les protéger. Il est envisageable de limiter leur liberté de mouvement ou leur liberté

---

<sup>956</sup> Articles 51 et 52.

<sup>957</sup> Le Rapporteur Despouy souligne le caractère inaliénable des normes contenues dans la *Convention*, caractère renforcé par le besoin de protection spéciale et le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. *Administration de la Justice, Etat de droit et Démocratie, Question des droits de l'homme et des états d'exception, Huitième rapport annuel et liste des Etats qui, depuis le 1er janvier 1985, ont proclamé, prorogé ou abrogé un état d'exception*, présenté par M. Leandro Despouy, rapporteur spécial nommé en application de la résolution 1985/37 du Conseil économique et social, Additif, quarante-septième session, E/CN.4/Sub.2/1995/20/Add.1, 10 novembre 1995, p.10

<sup>958</sup> *Roach and Pinkerton v. United States of America*, Rapport de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, 3/87, 1986-1987, § 56; voir aussi l'affaire *Case of Michael Domingues v. United States of America*, Rapport de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, 62/02, Case 12.285, 22 octobre 2002: dans cette affaire, la Commission estima qu'une norme de droit international coutumier avait émergé, interdisant la peine capitale pour les mineurs de moins de 18 ans. Cette interdiction fut considérée comme relevant du *jus cogens*, §85.

<sup>959</sup> Sur les droits de l'enfant, et notamment sur son droit à une protection spéciale, voir: *Déclaration de Genève* adoptée par la Société des Nations en 1924, la *Déclaration pour la protection des femmes et des enfants dans des situations d'urgence ou de conflits armés*, adoptée par l'Assemblée générale en 1974, *Résolution 3318*, 14 décembre 1974 et les *Conventions de Genève et les Protocoles additionnels*.

<sup>960</sup> Voir à ce sujet, *Estudio sobre la situación de los hijos menores de personas desaparecidas que fuerib separados de sus padres y son reclamados por miembros de sus legítimas familias*, Rapport annuel de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, 1987-1998, OEA/Ser.L/V/II.74, doc. 10, rev. 1, 16 septembre 1998, p. 359; *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, article II, les diverses *Conventions de l'OIT sur le travail des enfants, les Conventions de Genève, l'Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs: "Règles de Beijing"*, Assemblée Générale, *Résolution 40/33* du 29 novembre 1985, par exemple.

d'expression, mais en aucun cas, un état d'urgence ne pourrait justifier des dérogations aux obligations en matière de traitement des enfants et celles liées à l'octroi des soins essentiels à ces derniers.

### Droits économiques, sociaux et culturels

Les droits économiques, sociaux et culturels se distinguent des droits civils et politiques de par le caractère non-immédiat de leur réalisation.<sup>961</sup> Il n'en pas moins vrai que certaines obligations pesant sur les Etats en la matière peuvent être mises en œuvre de manière immédiate. Tout droit de l'homme donne naissance à une obligation « *fondamentale minimale d'assurer au moins la satisfaction de l'essentiel de chaque droit* ». <sup>962</sup> Alors, si l'indérogeabilité de la totalité des droits économiques, sociaux et culturels n'est pas un fait établi, il reste un noyau intangible à respecter. Bien que le *Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* ne contienne pas de clause dérogatoire, que la *Charte sociale européenne révisée*, qui elle inclut ce type de dispositions, n'identifie aucun droit indérogeable et que finalement, les traités qui intègrent ces droits en leur sein, comme la *Convention interaméricaine* ou la *Charte africaine*, n'en considèrent aucun comme indérogeable, ces observations ne signifient pas que les droits dits de « deuxième génération » peuvent être suspendus de manière arbitraire. Un grand nombre de ces droits sont nécessaires, voire même vitaux, à la pleine jouissance des autres droits de l'homme: le droit à un salaire décent, le droit à un travail, le droit à un niveau de vie suffisant ou encore le droit à la santé ou à une alimentation. Tout comme certains aspects des garanties judiciaires qui ont été considérés par extension comme indérogeables, car indispensables à la protection d'autres droits indérogeables, les droits mentionnés *supra* ont une force normative spécifique, car ils participent à garantir le respect des principes d'interdépendance et d'indivisibilité des droits de l'homme.

Il faudrait dépasser les anciens schémas stigmatisant les droits économiques, sociaux et culturels comme des droits non-justiciables, approche qui est « *outdated and clearly polluted by ideology no longer relevant to our post-ideological world* ». <sup>963</sup> L'émergence timide d'une jurisprudence relative à l'application de ces droits, issue du Comité des Nations Unies ou du Comité européen

---

<sup>961</sup> Voir *supra* **partie III. B. 2. b. iii.**

<sup>962</sup> DE FROUVILLE, Olivier, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international...*, p. 261. Ceci est affirmé par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels dans son *Observation générale N°3* : « (...) *a minimum core obligation to ensure the satisfaction of, at the very least, minimum essential levels of each of the right is incumbent upon every State party.* », *General Comment N°3, The nature of States parties' obligations*, § 10. Voir aussi le rapport de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, *The Realization of Economic, Social and Cultural Rights in the Region*, Annual Report of the Inter-American Commission on human rights, 1993, OEA/Ser.L/V.II.85, doc. 9, rev. 1, 11 February 1994, pp. 519-534

<sup>963</sup> C.A Odinkalu, cité par Olivier de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international...*, p. 257

des droits sociaux, sont des signes positifs. De plus, l'attitude de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples présente un espoir d'évolution :

« *La Commission africaine appliquera n'importe lequel des droits contenus dans la Charte africaine. (...) il n'y a pas de droit dans la Charte africaine que l'on ne puisse mettre en œuvre.* »<sup>964</sup>

La Commission interaméricaine a, elle aussi, intégré la notion de besoins « fondamentaux » en lien avec les droits économiques, sociaux et culturels, en affirmant que les Etats se doivent de garantir immédiatement « *a minimum level of material well-being which is able to guarantee respect of their rights to personal security, dignity, equality of opportunity and freedom from discrimination* ». <sup>965</sup> L'incertitude entourant le statut indérogable ou dérogeable des droits économiques, sociaux et culturels est explicable par le fait que les obligations correspondantes à ces derniers ne sont pas clairement établies et reconnues et sont, de plus, rarement formulées comme des obligations spécifiques de comportement.

La tendance à l'élargissement des listes de droits indérogables démontre une volonté d'octroyer à tout droit de l'homme une part d'indérogeabilité irréductible et ainsi, renforcer le degré de protection de ces droits. Progressivement, la frontière entre droits dérogeables et droits indérogables s'estompe. Les listes identifiant les droits indérogables permettent de souligner le caractère fondamental de certains droits de la personne, et des obligations correspondantes à la charge des Etats, mais l'indérogeabilité, telle que comprise dans ce domaine du droit, peut être aisément étendue à de nombreux autres droits, par une application stricte des conditions de mise en œuvre du droit de dérogation, le plus souvent sous-tendue par une interprétation large desdites conditions. Cet élargissement ne devrait pas inclure n'importe quel droit, au risque de diluer la valeur juridique et symbolique de cette catégorie, qui doit rester un ensemble unique. Le droit international des droits de l'homme doit être interprété strictement, de manière à garantir la plus grande effectivité possible aux droits humains, tout en préservant la possibilité pour les Etats d'adapter leurs obligations aux exigences concrètes du terrain. Le droit international des droits de l'homme est constitué de normes, qui tendent à accommoder des intérêts et des valeurs, qui se trouvent parfois en conflit.

L'examen des mécanismes dérogatoires, ainsi que du concept d'indérogeabilité, dans le domaine particulier des droits de l'homme, a permis de comprendre en quoi la dérogation, tout comme l'interdiction de la dérogation, impliquent une signification particulière. Un droit de l'homme

---

<sup>964</sup> *The Social and Economic Rights Action Centre and the Centre for Economic and Social Rights v. Nigeria*, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Communication 155/96, octobre 2001, § 68

<sup>965</sup> *The Realization of Economic, Social and Cultural Rights in the Region*, Rapport annuel de la Commission interaméricaine des droits de l'homme 1993, OEA/Ser.L/V.II.85, Doc. 9, 11 février 1994

indérogeable n'est pas assimilable à une norme impérative de *jus cogens*, qui elle aussi n'est pas sujette aux dérogations. Pourquoi donc avoir choisi le même terme pour désigner des réalités juridiques différentes? Est-il possible de rapprocher les diverses indérogeabilités, par une analyse fonctionnelle? La section suivante se donne la mission de découvrir les fonctions remplies par l'indérogeabilité, lorsqu'elle est appliquée aux droits de l'homme et ainsi, déduire si elle partage des similitudes avec les autres piliers, qui constituent ce travail.

#### **4. Fonctions de l'indérogeabilité dans le domaine des droits de l'homme**

Il est difficile de savoir exactement quelle a été l'intention des rédacteurs des instruments internationaux, lorsqu'ils ont décidé d'isoler certains droits et de leur attribuer un régime juridique spécifique, par leur exclusion du champ de la compétence dérogatoire des Etats. Avaient-ils pour objectif d'éviter les abus d'autorité, en encadrant l'exercice de leurs pouvoirs lors de circonstances exceptionnelles<sup>966</sup> ou au contraire, de préserver leur liberté d'action?<sup>967</sup> Aucune réponse définitive ne peut être donnée à cette interrogation, mais il semble certain que la mention de la nature indérogeable de certains droits de l'homme a eu pour impact d'octroyer à ces droits une pertinence fonctionnelle. L'indérogeabilité remplit dans le domaine des droits humains des fonctions spécifiques, qu'il faut examiner. Parallèlement, nous allons tenter de déterminer si on peut rapprocher ces fonctions, de celles jouées par les normes indérogeables de *jus cogens*.

##### **a. Un mécanisme d'exception au sein d'un corpus exceptionnel**

Le droit international des droits de l'homme représente un domaine exceptionnel au sein du droit international, car il régle des relations, qui ont appartenu pendant des siècles au domaine réservé des Etats. Les rapports entre ces derniers et les individus sur lesquels ils exercent un contrôle sont désormais régis par des règles juridiques internationales. L'ensemble normatif analysé dans cette section a octroyé des droits à un autre sujet que l'Etat, et en ce sens, il peut être considéré comme inédit. L'indérogeabilité fait également figure d'exception, car elle soustrait certaines normes au contrôle et à la compétence des Etats. Il s'agit d'un mécanisme conventionnel d'imposition et d'exclusion de normes, qui limite encore un peu plus le pouvoir du souverain.

---

<sup>966</sup> HIGGINS, Rosalyn, « Derogations under Human Treaties », ...p. 286

<sup>967</sup> HARTMAN, Joan F., « Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergency », *Harvard International Law Journal*, vol., 22, 1991, p. 6

### *i. Place de l'individu en droit international*

Jusqu'à l'avènement des droits de l'homme, l'individu était, au regard du droit international, considéré davantage comme un objet, comme par exemple dans le cadre de la protection diplomatique, qu'un sujet actif doté d'une personnalité juridique pleine et entière. Cette situation de dépendance et de soumission de l'individu à l'égard de l'Etat a été profondément remise en question à partir de 1945, date à partir de laquelle nous assistons à une diminution progressive de l'étendue des compétences souveraines de l'Etat. Néanmoins, en procédant à une analyse de cette affirmation, il semble évident de devoir nuancer quelque peu nos propos.

Pour être regardée comme un sujet du droit international, une entité doit être certes investie de droits et d'obligations, mais doit également pouvoir faire appliquer et respecter ces droits de manière effective dans l'ordre juridique concerné. Elle doit donc avoir la « capacité d'agir ». La majorité des conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme instituent des procédures et des mécanismes donnant accès aux individus aux juridictions et autres organes de contrôle, mais la capacité de l'individu d'agir sur le plan international reste dépendante de la volonté de l'Etat en amont: si l'Etat n'accepte pas le traité ou les dispositions pertinentes octroyant à l'individu une voie de droit, alors ce dernier se retrouve impuissant. En conséquence, la personnalité juridique de l'individu dans l'ordre international demeure variable et limitée.<sup>968</sup>

*« Quelle que soit l'extension prise par l'invocation des droits de l'homme dans les textes et les discours et la part de personnalité qu'on pourrait être tenté de reconnaître à l'individu dans l'ordre international, il demeure que les Etats restent les sujets prédominants de ce droit. »<sup>969</sup>*

Toutefois, les droits de l'homme et leur introduction dans l'ordre juridique international ont entraîné un recul considérable des pouvoirs exclusifs de l'Etat. Comme le souligna Juan Antonio Carrillo-Salcedo, «...autrefois, l'Etat avait la prérogative discrétionnaire de tracer les limites entre les libertés individuelles et le pouvoir étatique. La Charte a conféré des droits aux individus, créant des obligations correspondantes pour les Etats, obligations qui conditionnent l'exercice de leurs compétences et l'organisation des rapports entre eux et les individus se trouvant sur le

---

<sup>968</sup> La même remarque peut être faite au sujet du droit international pénal: les individus peuvent se voir punis sur le plan international pour des actes qu'ils ont commis, mais ce sont les Etats qui définissent et répriment les crimes. Par exemple, le statut de la Cour pénale internationale est un traité interétatique classique.

<sup>969</sup> DUPUY, Pierre-Marie, « L'individu et le droit international, Théorie des droits de l'homme et les fondements du droit international », *ADP*, tome 32, 1987, p. 133. Pour une position plus extrême concernant l'étendue limitée de la subjectivité de l'individu en droit international: « *When international law speaks of human rights, it does not refer to, establish, or recognize them as international legal rights in the international legal system, (...), but international law indicates its adherence to the morality and moral values which underlie them (...). It does not however make them international legal rights for individuals in the international legal order.* », HENKIN, Louis, « International Human Rights as "Rights" », *Cardozo Law Review*, vol. 1, 1979, p. 440

*territoire* ». <sup>970</sup> L'Etat ne possède plus une souveraineté absolue, cette dernière connaît une humanisation de sa fonction: elle n'est plus une fin en soi, mais devient un moyen de promotion et de mise en œuvre des droits humains. <sup>971</sup>

Les droits de l'homme ont mené à une modification de la nature du droit international, à savoir que les relations entre l'Etat et les particuliers sont désormais régulées par un cadre juridique au plan international, mais n'est-il pas vrai que le système international reste encore un ordre basé sur la volonté et le consentement des Etats? Les Etats ont de tous temps formulé des règles régissant les activités humaines, le commerce international, la circulation transfrontalière, la protection des étrangers et de leurs biens, etc. Les fins humaines du pouvoir ont toujours été présentes dans l'ordre juridique international. <sup>972</sup> L'avis d'Olivier de Frouville est pertinent lorsque celui-ci prétend que les droits de l'homme constituent plus un facteur d'évolution et de transformation du droit international, qui permet à la traditionnelle société internationale interétatique de se muer progressivement en une société humaine universelle, liée par des objectifs communs. <sup>973</sup>

L'homme a vu sa place valorisée au sein de l'ordre juridique international au cours du XX<sup>ème</sup> siècle et il a acquis certains droits et obligations. La protection des droits de l'homme s'est développée essentiellement au niveau des relations interétatiques, par la création de règles coutumières et l'adoption de conventions internationales, pures expressions de la volonté des Etats. Les droits de l'homme sont avant tout des obligations entre Etats souverains, car ce sont eux qui créent les normes et les appliquent. Toutefois, dans le cadre de la réflexion globale sur l'indérogeabilité, le thème du rôle devant être attribué au consentement de l'Etat et à sa volonté dans la formation et la mise en œuvre des normes de droit international occupe une place importante. Les droits indérogeables sont exprimés dans des dispositions, qui ont été acceptées par les Etats, et malgré les tendances désirant octroyer à cette indérogeabilité une dimension extra-

---

<sup>970</sup> CARRILLO-SALCEDO, Juan-Antonio, « Droit international et souveraineté des Etats, Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 257, 1996, pp. 64-65

<sup>971</sup> DUPUY, Pierre-Marie, « L'unité de l'ordre juridique international, Cours Général de Droit International Public », *RCADI*, vol. 297, 2002, p. 416

<sup>972</sup> Expression employée par Charles de Visscher. Déjà, en 1928, la Cour permanente de Justice internationale affirmait: « *On peut facilement admettre que selon un principe de droit international bien établi, le Beamtenabkommen, accord international, ne peut, comme tel, créer directement des droits et des obligations pour des particuliers. Mais on ne saurait contester que l'objet même d'un accord international, dans l'intention des parties contractantes, puisse être l'adoption par les Parties, de règles déterminées, créant des droits et des obligations pour les individus, et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux.* », *Compétence des Tribunaux de Dantzig, Réclamations pécuniaires des fonctionnaires ferroviaires dantziens passés au service polonais contre l'administration polonaise des chemins de fer*, Recueil C. P. J. I. Séries B N° 15, 3 mars 1928, pp. 17-18. Notons qu'avant la *Charte des Nations Unies*, certaines catégories spécifiques d'individus étaient protégées par le droit international: minorités, travailleurs, étrangers.

<sup>973</sup> DE FROUVILLE, Olivier, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international. Régime conventionnel des droits de l'homme et droit des traités*, Paris, Pedone, 2004, p. 10

conventionnelle, des divergences persistent. Une tension entre deux modèles de société parcourt l'ordre juridique international: un modèle basé sur la volonté de l'Etat à se lier juridiquement s'oppose à un schéma qui transcende ladite volonté et qui aspire à la dépasser.

Il est nécessaire de souligner que dans le cadre des droits de l'homme, les Etats se lient par voie de conventions ou de traités, ce qui distingue nettement l'indérogeabilité dans ce contexte précis, de l'indérogeabilité du *jus cogens*. Nous pourrions apprécier les relations étroites qu'entretiennent ces deux dimensions, un droit de l'homme indérogeable pouvant posséder ou acquérir le statut de norme impérative.

*« Lorsqu'un droit existe indépendamment de la volonté des Etats et que par suite il ne peut être ni aboli ni modifié, pas même par la voie constitutionnelle, parce qu'il est profondément ancré dans la conscience de l'humanité et dans celle de tout homme raisonnable, on peut l'appeler un droit naturel par opposition au droit positif. Les constitutions de certains pays qualifient les droits de l'homme et les libertés fondamentales d'épithètes telles que, inaliénables, sacrés, éternels, inviolables, etc. On peut en déduire que la garantie des droits de l'homme et des libertés fondamentales présente une importance supra-constitutionnelle. »<sup>974</sup>*

De ce constat peut être déduite une autre dimension du droit international des droits de l'homme, à défaut d'avoir totalement exclu la volonté étatique du processus juridique, ce domaine a généré des instruments juridiques, possédant un caractère atypique, voire exceptionnel.

#### *ii. Nature des traités en matière de protection des droits humains*

Comme précisé ci-dessus, le droit international positif des droits de l'homme dérive principalement des accords internationaux contemporains, par lesquels les Etats s'engagent à reconnaître, respecter et promouvoir des droits spécifiques aux individus se trouvant sous leur juridiction. Les droits de l'homme ont acquis une existence juridique sur le plan international, notamment à travers une œuvre de codification progressive. Ils sont devenus une réalité en droit international positif. Leur fonction première est de :

*« Promouvoir et défendre d'une manière institutionnalisée les droits des personnes, dans leurs relations avec les personnes, le pouvoir de l'Etat et tous les types de pouvoir; et de promouvoir et de défendre l'établissement de conditions permettant de jouir effectivement de ces droits (...) »<sup>975</sup>*

La spécificité des droits de l'homme se traduit également dans le fait que les traités internationaux adoptés en vue de protéger les droits et libertés fondamentales forment une catégorie à part d'accords internationaux. L'Etat en ratifiant le traité ne crée pas de droits en soi, mais en reconnaît l'existence.<sup>976</sup> Ces droits ont un aspect objectif: ceci explique que la jouissance de ces droits n'est

---

<sup>974</sup> Opinion dissidente du juge Tanaka, *Affaires du Sud-ouest Africain*, Ethiopie v. Afrique du Sud/ Libéria v. Afrique du Sud, Cour internationale de Justice, 2<sup>ème</sup> phase, fond, Recueil C.I.J 1966, 18 juillet 1966, pp. 298

<sup>975</sup> MEYER-BISCH, Patrice, *Le corps des droits de l'homme : l'indivisibilité comme principe d'interprétation et de mise en œuvre des droits de l'homme*, ..., p. 75

<sup>976</sup> « ...les Etats ne sauraient créer des droits de l'homme par législation ou par convention, ils ne peuvent qu'en confirmer l'existence et en assurer la protection. Ils n'ont guère, en la matière, qu'un rôle déclaratoire. », *Opinion*

pas, ou ne devrait pas être, dépendante de l'attitude des Etats à l'égard des instruments qui les énoncent, et n'est en conséquence pas subordonnée au principe de réciprocité des obligations assumées par les Etats les uns à l'égard des autres. En effet, les obligations créées visent en premier lieu la protection des droits humains, et non l'établissement de droits subjectifs et réciproques entre les Etats parties. Certes, l'Etat demeure le créateur de la loi et assume des obligations, tout en acceptant de reconnaître des droits à un autre sujet, à savoir l'individu. Les dispositions conventionnelles visent à protéger l'individu et les conventions en la matière ne peuvent être analysées « *comme un faisceau de rapports synallagmatiques entre les Etats parties. (...) on comprendra dès lors que le respect des obligations assumées ne puissent être soumis à la condition de réciprocité comme cela l'est généralement dans un traité (...)* ». <sup>977</sup>

Les conventions relatives aux droits de l'homme ont été décrites comme « *l'exemple même de traité de type absolu et intégral. Les obligations qu'elle[s] impose[nt] sont indépendantes de toute attente de réciprocité ou d'exécution de leurs obligations de la part des autres parties* ». <sup>978</sup> Ces obligations, qui ne peuvent être réduites à des relations bilatérales, sont destinées à être mises en œuvre de manière indépendante, par chaque Etat dans son propre système, indépendamment des autres. La mise en œuvre des obligations est supposée être détachée de toute considération de réciprocité, car elle n'est pas conditionnée par la réalisation concomitante d'obligations par d'autres Etats. Chacun d'entre eux possède un intérêt juridique à les voir être appliquées. Outre leur aspect objectif, ces obligations valent *erga omnes*, tout Etat a le devoir de les respecter, ceci

---

*dissidente du Juge Tanaka, Affaires du Sud-ouest Africain, Ethiopie v. Afrique du Sud/ Libéria v. Afrique du Sud*, 2<sup>ème</sup> phase, fond, Recueil C.I.J 1966, 18 juillet 1966, pp. 297-298

<sup>977</sup> OUGUERGOUZ, Fatsah, « L'absence de clause de dérogation dans certains traités relatifs aux droits de l'homme: les réponses du droit international général », *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 98, 1994, p. 301. Voir également, *The Effect of Reservations on the Entry Into Force of the American Convention on Human Rights (Arts. 74 and 75)*, Advisory Opinion OC-2/82, September 24, 1982, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A) No. 2 (1982), 24 septembre 1982, § 27 ; *Case of Ivcher Bronstein v. Peru*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Admissibilité de la requête, Série C. N° 54, 24 septembre 1999, §§ 42-45.

<sup>978</sup> *Fragmentation du Droit International. Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du Groupe d'Etude de la Commission du droit international, établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi, cinquante-huitième session, mai-août 2006, A/CN.4/L.682, 13 avril 2006, p. 175, § 312. Selon Bruno Simma, les traités relatifs aux droits de l'homme comptent parmi les accords aux termes desquels les obligations ne lient pas les Etats parties, mais imposent à ces derniers d'adopter, au sein de leur ordre respectif, un comportement, qui n'exige pas une interaction ou un échange entre les parties. SIMMA, Bruno, « Bilateralism and Community Interest in the Law of State Responsibility », in DINSTEIN, Yoram, (Ed.), *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Nijhoff, 1998, p. 823.

Sir Fitzmaurice distingua entre trois types d'obligations découlant des traités internationaux: les obligations réciproques, les obligations interdépendantes (traités de désarmement) et les obligations absolues, issues notamment des conventions en matière de droits de l'homme. Voir le Rapport de Sir Gerald Fitzmaurice sur le droit des traités, article 19 (1) (iv), *Yearbook of International Law Commission*, 1975, vol. II. et «...Such conventions involve obligations of an absolute and, so to speak, self-existent kind, the duty to perform which, once assumed, is not dependent on a reciprocal or correspondent performance by other parties.», FITZMAURICE, Gerald, «The General Principles of International Law considered from the Standpoint of the Rule of Law», *RCADI*, vol. 92, 1957-II, pp. 125-126.

étant dû à la communauté internationale dans son ensemble. Finalement, une action entreprise en réaction à une violation d'une norme en matière de droits de l'homme n'est pas perçue comme une intervention illicite dans les affaires intérieures, les droits de l'homme étant devenus, « *a matter of international concern* ». Théoriquement, tout Etat peut contester une violation d'une obligation en matière de droits de l'homme commise par un autre Etat.<sup>979</sup> Cet aspect est contestable et les applications pratiques sont extrêmement rares. Néanmoins, pour ce qui est des systèmes mis en place par un acte conventionnel, il est certain que tout Etat partie peut soulever une hypothétique violation du traité par un autre Etat, même s'il n'en est pas la victime directe. Les traités créent donc des obligations *erga omnes partes*.<sup>980</sup>

Certaines juridictions ont mis en exergue la spécificité des droits énoncés dans les diverses conventions et des obligations qui en découlent. Ces conventions ont pour objectif de promouvoir un intérêt général ou d'ordre public, transcendant les intérêts individuels des Etats. Les droits de l'homme sont par conséquent révolutionnaires, car ils permettent de dépasser l'approche purement volontariste du droit international: la nécessité de protéger des intérêts et des valeurs collectives devraient primer sur les attitudes égoïstes. La Cour internationale de Justice a souligné que l'objet et le but de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide relevait d'une catégorie à part de traités internationaux:

« *La Convention a été manifestement adoptée dans un but purement humain et civilisateur. On ne peut même pas concevoir une convention qui offrirait à un plus haut degré ce double caractère, puisqu'elle vise d'une part à sauvegarder l'existence même de certains groupes humains, d'autre part à confirmer et à sanctionner les principes de morale les plus élémentaires. Dans une telle convention, les, États contractants n'ont pas d'intérêts propres; ils ont seulement tous et chacun, un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la convention.* »<sup>981</sup>

La Commission et la Cour européennes des droits de l'homme ont employé la notion d'ordre public européen pour accentuer le caractère objectif des obligations des Etats parties. Le respect des obligations ne dépend pas du jeu de la réciprocité:

---

<sup>979</sup> Voir, *Affaire Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Belgique v. Espagne, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J 1970, fond, arrêt du 5 février 1970, pp. 32-33

Voir également: *La protection des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des Etats*, Institut de Droit International, Session de Saint-Jacques-de-Compostelle, 1989, Huitième Commission, Rapporteur: M. Giuseppe Sperduti, Article 1er. Cette affirmation est valable en tout cas pour les droits de l'homme ayant acquis un caractère coutumier ou appartenant au droit international impératif.

<sup>980</sup> Voir *infra* partie III. B. 4. a. iv.

<sup>981</sup> *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Avis consultatif, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J 1951, 28 mai 1951, p. 23. Plus récemment, voir Opinion individuelle du juge Weeramantry, *affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de Génocide*, Bosnie-Herzégovine v. Yougoslavie, exceptions préliminaires, Recueil C.I.J 1996 p. 595, arrêt du 11 juillet 1996, p. 645

« (...) the purpose of the High Contracting Parties in concluding the Convention was not to concede to each other reciprocal rights and obligations in pursuance of their individual national interests but to realize the aims and ideals of the Council of Europe...and to establish a common public order of the free democracies of Europe with the object of safeguarding their common heritage of political traditions, ideas, freedom and the rule of law (...) the obligations undertaken by the High Contracting Parties in the European Convention are essentially of an objective character, being designed rather to protect the fundamental rights of individual human beings from infringements by any of the High Contracting Parties than to create subjective and reciprocal rights for the High Contracting Parties themselves. »<sup>982</sup>

La Cour interaméricaine des droits de l'homme a elle aussi consacré le caractère objectif des droits de l'homme dans deux arrêts datant de 1999<sup>983</sup> et dans un avis consultatif qu'elle a rendu en 1982, concernant les réserves à la Convention interaméricaine des droits de l'homme.<sup>984</sup>

«29. The Court must emphasize, however, that modern human rights treaties in general, and the American Convention in particular, are not multilateral treaties of the traditional type concluded to accomplish the reciprocal exchange of rights for the mutual benefit of the contracting States. Their object and purpose is the protection of the basic rights of individual human beings irrespective of their nationality, both against the State of their nationality and all other contracting States. In concluding these human rights treaties, the States can be deemed to submit themselves to a legal order within which they, for the common good, assume various obligations, not in relation to other States, but towards all individuals within their jurisdiction. (...)»

La spécificité des traités à caractère humanitaire se retrouve également dans la *Convention de Vienne sur le droit des Traités de 1969*. L'article 60§5 pose le principe suivant:

« Les paragraphes 1 à 3 [à savoir, une violation substantielle d'un traité bilatéral ou multilatéral par l'une des parties autorise l'autre partie à invoquer la violation comme motif pour mettre fin au traité ou suspendre son application en totalité ou en partie] ne s'appliquent pas aux dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans les traités à caractère humanitaire(...) »

Il est évident que cette disposition accentue le caractère objectif et absolu des obligations en matière de droits de l'homme et confirme le postulat que ces conventions ne sont pas soumises au principe de réciprocité et ne peuvent sujettes à une fragmentation ou une bilatéralisation.<sup>985</sup>

---

<sup>982</sup> *Affaire Autriche v. Italie*, Requête 788/60, *European Yearbook of Human Rights* vol. 4, p. 116, pp. 138-140. Voir également *affaire Loizidou v. Turquie*, Exceptions préliminaires, Requête 15318/89, Arrêt Strasbourg, 23 mars 1995, §75; *Affaire Soering v. Royaume-Uni*, Requête 14038/88, Arrêt Strasbourg, 7 juillet 1989, § 87

<sup>983</sup> *Affaire Case of Ivcher Bronstein v. Peru*, Jugement du 24 septembre 1999, Séries C No. 54 (1999), §§ 42-46 et *affaire relative au Tribunal constitutionnel*, Jugement du 24 septembre 1999, Séries C No. 55 (1999), §§ 39-44

<sup>984</sup> *The Effect of Reservations on the Entry Into Force of the American Convention on Human Rights (Arts. 74 and 75)*, Advisory Opinion OC-2/82, September 24, 1982, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A) No. 2 (1982), §§ 29-33

<sup>985</sup> Cette nature spécifique des traités en matière de protection des droits de l'homme a également un impact sur l'interprétation de ces derniers, leur dénonciation ainsi que sur la formulation de réserves à l'encontre de leur disposition. Les parties ultérieures reviendront sur ces points. Notons, que le critère dominant l'interprétation des conventions de type humanitaire est celui de l'objet et du but de ces dernières. Voir *Observation Générale N°24, les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des Protocoles facultatifs s'y rapportant*, adoptée par le Comité à sa 1382<sup>ème</sup> séance, cinquante-deuxième session le 2 novembre 1994, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, 11 novembre 1994: «17. (...) Such treaties, and the Covenant specifically, are not a web of inter-State exchanges of mutual obligations. They concern the endowment of individuals with rights. The principle of inter-State reciprocity has no place, save perhaps in the limited context of reservations to declarations on the Committee's competence under article 41. » De plus, en raison du fait que le but de ces conventions soit d'octroyer des droits aux individus, ces derniers continuent de jouir de leurs prérogatives indépendamment de la situation de l'Etat dont ils dépendent. Voir *Observation Générale N°26, Continuité des obligations*, adoptée par la Comité à sa 61<sup>ème</sup> session, le 8 décembre

« (...) *the law of treaties itself of our days, as confirmed by Article 60 (5) of the Vienna Convention [on the Law of Treaties], discards the precept of reciprocity in the implementation of the treaties of international protection of human rights and of International Humanitarian Law, by virtue precisely of the humanitarian character of those instruments. Piercing the veil in a domain of International Law — such as the one concerning treaties — so strongly infiltrated by the voluntarism of States, the aforementioned provision of Article 60 (5) of the Vienna Convention constitutes a clause of safeguard in defence of the human being.* »<sup>986</sup>

L'exception *inadimplenti non est adimplendum* ne peut être soulevée pour suspendre l'application de tout ou d'une partie des droits garantis par les traités en matière de droits de l'homme. Cette remarque prend une importance particulière dans le cas des conventions qui ne contiennent pas de clauses dérogatoires, point qui a été abordé dans la partie **1. b.** Les traités ayant pour objectif la défense des droits de la personne humaine font partie de cette catégorie d'accords, qui en raison de leur objet et de leur but, ne peuvent être suspendus unilatéralement ou entre certaines parties, en réaction à une violation préalable de l'une de leurs dispositions.<sup>987</sup> Ils sont en quelque sorte immunisés contre un certain type de contre-mesures, car une violation commise par un Etat n'affecte en rien les engagements assumés par les autres parties. Cette dernière observation ne remet pas en cause le droit des Etats de réagir face à des transgressions de normes protégeant un intérêt perçu comme collectif, et ceci même s'ils ne subissent pas de dommages directs.<sup>988</sup>

Matthew Craven explique avec pertinence que le régime de droits de l'homme repose sur une sorte de réciprocité sociologique, les Etats ayant compris que le respect des droits de l'homme assurera la paix et l'ordre international, mais ceci n'implique pas pour autant une réciprocité juridique. Les Etats ratifient les traités, car ceux-ci visent la protection d'intérêts collectifs, intérêts qui dépassent leur volonté individuelle. Toutefois, un traité demeure un engagement issu du consentement des Etats. Par conséquent, les Etats ne s'engagent pas *uti singuli*, mais s'engagent envers tous les autres. Pour cette raison, ils ont un intérêt juridique à la réalisation des obligations.<sup>989</sup> Voici pourquoi les conventions en matière de protection de droits de l'homme instituent des procédures de mise en œuvre et des organes de contrôle: remise de rapports annuels par les Etats parties, mécanismes de plaintes, interétatiques ou individuelles, etc. Chaque traité met en place son système de supervision, conçu pour réaliser les objectifs du régime, en tant qu'institution incarnant

---

1997, UN. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.8/Rev 1 et Rapport du Comité des droits de l'homme, Cinquante-septième session, Doc A/5740, 2002, vol. I

<sup>986</sup> CANCADO, TRINDADE, Antonio, Augusto, «International Law for Humankind...», p. 82

<sup>987</sup> Article 58 (1) lettre b de la CVDT.

<sup>988</sup> Voir par exemple, les sanctions imposées récemment à la Syrie par l'Union européenne et les Etats-Unis. Christian Tams note qu'il existe une pratique parmi les Etats de réagir face à des violations graves de normes reconnues comme protégeant des valeurs importantes, comme les interdictions de la discrimination raciale, de la torture et du génocide. TAMS, Christian J., *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 230-233.

<sup>989</sup> CRAVEN, Matthew, « Legal Differentiation and the concept of the Human Rights Treaty in International Law », *European Journal of International Law*, vol. 11, n°3, 2000, pp. 513-516

des valeurs collectives.<sup>990</sup> Soulignons que la plupart des ces mécanismes sont l'objet de protocoles additionnels ou de clauses facultatives insérées dans les conventions; l'exercice de leur compétence est également soumis à l'acceptation des Etats. A nouveau, il revient à l'Etat de déterminer, en amont, l'étendue des droits et prérogatives des individus sur la scène internationale.

Réitérons le fait que, même si les droits de l'homme ont passablement réduit l'autonomie de volonté des Etats, leur conventionnalisation dans des accords internationaux spécifiques a néanmoins laissé une place à cette volonté: en effet, l'Etat qui se lie peut moduler son consentement, voire même le retirer. Les réserves, les clauses *d'opting-out* et de dénonciation, les dispositions autorisant les dérogations ou les limitations aux droits sont autant de techniques qui permettent à l'Etat de façonner son engagement, même si ces dernières sont encadrées par un régime spécial. L'Etat est soumis à un ordre juridique qui le dépasse, mais reste l'arbitre des conditions de cette soumission au droit.<sup>991</sup>

---

<sup>990</sup> *Affaire Irlande v. Royaume-Uni*, Requête 5310/71, Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt, Strasbourg, 18 janvier 1978, § 239: « L'argumentation du gouvernement irlandais amène cependant la Cour à préciser la nature des engagements placés sous sa garde. A la différence des traités internationaux de type classique, la Convention déborde le cadre de la simple réciprocité entre États contractants. En sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux, elle crée des obligations objectives qui, aux termes de son préambule, bénéficient d'une "garantie collective". Par son article 24 (art. 24), elle permet aux États contractants d'exiger le respect de ces obligations sans avoir à justifier d'un intérêt dérivant, par exemple, de ce qu'une mesure qu'ils dénoncent a lésé un de leurs propres nationaux. En substituant le mot "reconnaissent" à "s'engagent à reconnaître" dans le libellé de l'article 1 (art. 1), les rédacteurs de la Convention ont voulu indiquer de surcroît que les droits et libertés du Titre I seraient directement reconnus à quiconque relèverait de la juridiction des États contractants (document H (61) 4, pp. 664, 703, 733 et 927). Leur intention se reflète avec une fidélité particulière là où la Convention a été incorporée à l'ordre juridique interne (arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp* du 18 juin 1971, série A n° 12, p. 43, par. 82; arrêt *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives*, du 6 février 1976, série A n° 20, p. 18, par. 50).

La Convention ne se contente pas d'astreindre les autorités suprêmes des États contractants à respecter elles-mêmes les droits et libertés qu'elle consacre; ainsi que le montrent l'article 14 (art. 14) et la version anglaise de l'article 1 (art. 1) ("shall secure"), elle implique aussi qu'il leur faut, pour en assurer la jouissance, en empêcher ou corriger la violation aux niveaux inférieurs. »

<sup>991</sup> « Au fond le traité en matière de droits de l'homme relève toujours d'une logique conventionnelle, (...). Mais les conséquences produites par cet acte dépassent de loin l'Etat lui-même, parce qu'il engage l'Etat dans un projet politique commun avec d'autres et qu'il affecte la vie non seulement de ses ressortissants, mais de l'humanité toute entière. », DE FROUVILLE, Olivier, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international...*, p. 518

### iii. Réserves et pouvoir de dénonciation

#### Réserves

Les relations entre les réserves, la faculté de dénonciation et l'indérogeabilité est un point intéressant, qu'il faut aborder à ce stade. La nature des conventions relatives aux droits de la personne a un impact sur la capacité à formuler des réserves et les effets de celles-ci:

« *The reciprocal component of this undertaking is very limited, and at the substantive level no significant inter-state relationship is created among states party to the same human right convention. A reservation to human rights convention alters the substance of the reserving state's obligations towards individuals under its control at the internal level, but has no significant effect at the international level.* »<sup>992</sup>

Les instruments en matière de droits de l'homme divergent quant aux modalités à respecter pour pouvoir formuler des réserves: soit ils prévoient la possibilité de faire des réserves et en fixent les conditions, soit ils interdisent les réserves à l'ensemble du traité ou seulement à certaines dispositions, soit finalement, ils sont silencieux sur le sujet.<sup>993</sup> Il est légitime de s'interroger sur l'autorité habilitée à évaluer de cette conformité. Les traités en matière de droits de l'homme ne disent généralement rien sur cette question, hormis la *Convention sur l'élimination de la discrimination raciale*, qui énonce à son article 20, qu'une réserve sera considérée comme contraire à l'objet et au but du traité, si deux tiers des Etats parties ont élevé des objections. Relativement aux traités multilatéraux à vocation universelle, les objections sont trop rares et insuffisamment précises pour constituer une aide à l'appréciation de la validité de la réserve. De plus, l'absence d'objection ne peut être automatiquement perçue comme une acceptation tacite des réserves. Les traités en matière de droits de l'homme ont certes été largement ratifiés, mais ce fait est contrebalancé par le nombre élevé de réserves formulées.<sup>994</sup>

---

<sup>992</sup> PROVOST, René, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 143-144: «...little consequence attaches to the acceptance of, or the objection to, the reservation by other states, because neither the reservation nor the reaction to it changes the content of the accepting or objecting state's obligations under the human rights treaty.»

<sup>993</sup> Le *Protocole N°6 à la Convention européenne des droits de l'homme* interdit les réserves à son article 4, tout comme la *Convention européenne pour la prévention de la torture* à son article 21, la *Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage de 1956* à son article 9 et la *Convention de l'UNESCO concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement de 1960* à son article 9. La *Convention relative au statut des réfugiés*, la *Convention relative au statut des apatrides* et la *Convention sur la nationalité des femmes mariées* interdisent les réserves à certains articles seulement. Les conventions suivantes contiennent une clause régulant la possibilité de formuler une réserve: *Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, article 20§2; *Convention sur les droits de l'enfant*, article 51§2; *Convention l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, article 28§2, traité qui a reçu plus grand nombre de réserves; le *Protocole N°2 du Pacte international sur les droits civils et politiques*, article 2; la *Convention européenne*, article 57; la *Convention interaméricaine*, article 75. Les *Conventions de l'OIT* stipulent en général que les réserves sont interdites à moins que soient incluses des dispositions spécifiques permettant la formulation de réserves, voir *Manual on Procedures Relating to International Labour Conventions and Recommendations*, International Labour Office, D.31, 1965/Rev.1980, p. 8, § 26

<sup>994</sup> Notamment, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, le *Pacte sur les droits économiques sociaux et culturels* et la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* sont silencieux sur la question. Voir

La nature particulière des traités relatifs aux droits de la personne implique que la problématique des réserves dans ce domaine est particulièrement complexe. Elle touche à l'intégrité des instruments internationaux, ainsi qu'au caractère présumé indivisible du *corpus* des droits de l'homme. Il suffit de rappeler que la *Convention de Vienne sur les droits des traités*, qui reflète le droit international coutumier en la matière, a été adoptée en vue d'être appliquée à des traités « traditionnels », basés sur la réciprocité et la bilatéralité des relations interétatiques et générant des obligations synallagmatiques. Comme démontré ci-dessus, les instruments ayant pour objet et but de protéger les droits fondamentaux dépassent ce cadre et constituent donc une catégorie distincte d'accords internationaux.<sup>995</sup> Les conventions en matière de droits de la personne accordent des droits aux individus, ce qui pourrait laisser penser que les Etats n'auraient pas la capacité d'en limiter l'exercice par la formulation de réserves. De plus, interdire les réserves participeraient à garantir l'intégrité des traités. Par contre, le fait d'exclure les réserves aurait eu pour impact d'en affecter l'universalité. La position dominante peut être résumée comme telle :

*«There was consensus among representatives of human rights treaty bodies and some members of the Commission on the lack of a special regime applicable to reservations to human rights treaties which, like all other treaties, continued to be governed by the Vienna Conventions on the law of treaties and by individual norms and rules provided for under a particular treaty. However, there might arise under human rights treaties specific issues calling for specific solutions, such as whether treaty monitoring bodies had the power to rule on reservations formulated by States parties.»*<sup>996</sup>

La question générale des réserves aux traités ne sera pas examinée en détails, mais elle sera uniquement traitée en lien avec notre sujet.<sup>997</sup> *A priori*, toute réserve formulée à l'encontre d'un droit indérogeable s'opposerait à l'esprit des traités en matière de droits de l'homme. La prétendue intangibilité des droits de l'homme implique l'impossibilité de nier totalement un droit ou de se soustraire complètement à l'obligation de le respecter. En cas de mutisme sur la faculté de faire des réserves, le test de la compatibilité avec l'objet et le but du traité s'applique, en vertu des articles 19 à 23 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, qui codifient le droit

---

SCHABAS, William A, « Reservations to Human Rights Treaties: Time for Innovation and Reform », *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 32, 1994.

<sup>995</sup> *Affaire Autriche v. Italie*, Application 788/60, 1961, 4 *European Yearbook of Human Rights* 116, p. 161: « (...) les obligations souscrites par les Etats contractants dans la Convention ont essentiellement un caractère objectif du fait qu'elles visent à protéger les droits fondamentaux des particuliers contre les empiètements des Etats contractants, plutôt que de créer des droits subjectifs et réciproques entre ces derniers. » Voir également, *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Avis consultatif, Recueil C.I.J 1951, 28 mai 1951, p. 22-23. La Cour se devait de déterminer la permissibilité des réserves à la *Convention sur le génocide*, qui ne comprenait aucune clause sur la possibilité de faire des réserves. Elle se fonda sur « les traits particuliers que présente la Convention (...) » pour établir que c'est « la compatibilité avec l'objet et le but qui doit fournir la critère de réserve (...) »

<sup>996</sup> *Fourteenth report on reservations to treaties*, by Alain Pellet, *Special Rapporteur*, A/CN.4/614, 2 April 2009 International Law Commission, Sixty-first session Geneva, 4 May-5 June and 6 July-7 August 2009, §24

<sup>997</sup> Certaines réserves ont été formulées à l'encontre de droits indérogeables: l'Allemagne, le Liechtenstein, Malte et le Portugal, aux articles 2, 4 et 7 de la *Convention européenne*; l'Argentine, le Congo, l'Irlande, l'Italie, le Mexique, la Norvège, Trinidad et Tobago, le Royaume-Uni, les Etats-Unis, aux articles 6, 7, 11, 15 et 18 du *Pacte sur le droits civils et politiques*.

international coutumier en la matière. L'article 19 (c) est applicable, en l'absence de stipulation expresse, en tant que critère objectif supplétif. Certains traités font d'ailleurs une référence directe à la *CVDT*.<sup>998</sup>

*« Bien que contrairement à d'autres instruments relatifs aux droits de l'homme, le Pacte ne fasse pas expressément référence au critère de compatibilité avec son objet et son but, la question de l'interprétation et l'acceptabilité des réserves est régie par ce critère. »*<sup>999</sup>

Le *Pacte relatif aux droits civils et politiques* est silencieux sur les réserves,<sup>1000</sup> et la validité de certaines réserves fut discutée. Par exemple, la réserve congolaise à l'article 11, qui énonce l'interdiction de l'emprisonnement pour non-exécution d'une dette contractuelle, provoqua les objections des représentants néerlandais et belges, qui les soulevèrent non pas tant en raison de l'incompatibilité de la loi congolaise, mais surtout par la crainte de créer un précédent qui aurait permis les réserves aux droits indérogeables:

*« Article 11 is one of the articles containing a provision from which no derogation is permitted in any circumstances. Any reservation concerning that article would destroy its effect and would therefore be in contradiction with the letter and spirit of the Covenant. »*<sup>1001</sup>

Le Comité des droits de l'homme a conclu dans son *Observation générale N°24*, que les réserves aux articles énonçant des droits indérogeables, tout comme à la disposition relative aux dérogations, étaient *généralement* incompatibles avec les obligations assumées par les Etats en vertu du *Pacte*, mais le Comité n'a pas établi pas une corrélation automatique entre indérogeabilité et incompatibilité.<sup>1002</sup> Le paragraphe 8 de cette *Observation* affirme par ailleurs que toute réserve à

---

<sup>998</sup> Article 75 de la *Convention interaméricaine*, article 51§2 de la *Convention des droits de l'enfant*, et article 28§2 de la *Convention sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes*.

<sup>999</sup> *Observation Générale 24 (52), Observation générale sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des Protocoles facultatifs y relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte*, 4 novembre 1994, § 2

<sup>1000</sup> Des propositions émanèrent lors de la rédaction du Pacte, quant à la possibilité d'inclure une disposition relative aux réserves, notamment de la part de la Grande-Bretagne. Le *Second Protocole additionnel au Pacte* interdit formellement les réserves à son article 2§1, en y ajoutant tout de même une exception: *« Il ne sera admis aucune réserve au présent Protocole, en dehors de la réserve formulée lors de la ratification ou de l'adhésion et prévoyant l'application de la peine de mort en temps de guerre à la suite d'une condamnation pour un crime de caractère militaire, d'une gravité extrême, commis en temps de guerre. »*

<sup>1001</sup> *CCPR/C/2/Rev.1*, 11 May 1987. Le Congo considérait l'article 11 comme incompatible avec son Code de Procédure civile, commerciale, administrative et financière. Il fut reconnu par la suite que le Code était totalement compatible avec l'article 11 et que la réserve n'avait pas lieu d'être. *« Le gouvernement de la République populaire du Congo déclare qu'il ne sent pas lié par les dispositions de l'article 11. (...) L'article 11 du Pacte diverge sensiblement avec les articles 386 et suivants du Codé congolais de procédure civile, commerciale, administrative et financière (...)»* Le Comité des droits de l'homme appela le Congo à retirer sa réserve et à rendre son Code de procédure compatible avec le Pacte, *CCPR/C/79/Add.118*, § 16.

Le Bangladesh a également émis une réserve à l'article 11, sous la forme d'une déclaration interprétative déguisée: *«Article 11 providing that "no one shall be imprisoned merely on the ground of inability to fulfil a contractual obligation," is generally in conformity with the Constitutional and legal provisions in Bangladesh, except in some very exceptional circumstances, where the law provides for civil imprisonment in case of wilful default in complying with a decree. The Government of People's Republic of Bangladesh will apply this article in accordance with its existing municipal law. »* Voir pour un aperçu complet des réserves au Pacte:

[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg\\_no=IV-4&chapter=4&lang=en#EndDec](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en#EndDec)

<sup>1002</sup> *Observation Générale 24 (52), Observation générale sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des Protocoles facultatifs y relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport*

des droits impératifs est impossible, ainsi qu'à des normes relevant du droit international coutumier. La seule possibilité pour qu'un Etat puisse formuler une réserve valide à un article énonçant un droit indérogeable est que:

« *The state party does not recognize the organ's competence to interpret the non-derogable provision in regard to claims against the state party, or that the state is expressing an objection under the persistent objector rule to a non-derogable provision that has not yet emerged as customary international law.* »<sup>1003</sup>

Si la disposition indérogeable reflète déjà le droit coutumier, ou le *jus cogens*, la norme restera contraignante pour l'Etat partie, en dehors du lien conventionnel. Le seul critère convaincant pour le Comité est en définitive celui des normes relevant du *jus cogens*, au vu de la difficulté de mettre en place un lien clair entre la fondamentale d'un droit basé sur son caractère indérogeable et l'impossibilité d'y apporter des réserves.<sup>1004</sup>

Les Etats-Unis ont formulé des réserves à l'égard de dispositions indérogeables du *Pacte*, à savoir le droit à la vie (imposition de la peine de mort à l'encontre des mineurs) et l'interdiction de la torture et autres traitements inhumains. Ces réserves furent justifiées par le besoin d'assurer une cohérence entre le droit interne et les dispositions du *Pacte* et de garantir la primauté de certaines dispositions nationales.<sup>1005</sup> Les réserves américaines ont soulevé quelques objections, mais bien moins nombreuses que ce que on aurait pu attendre.<sup>1006</sup> Les réserves aux droits indérogeables peuvent être construites comme des dérogations générales et permanentes à ces derniers, qui

---

avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du *Pacte*, 4 novembre 1994, §10. Le Comité énonça ceci après avoir néanmoins affirmé: « *Bien qu'il n'existe pas de corrélation automatique entre les réserves émises à l'égard de dispositions auxquelles il ne peut être dérogé et celles qui portent atteinte à l'objet et au but du Pacte, il incombe à un Etat de justifier pareille réserve.* »

<sup>1003</sup> FORREST MARTIN, Francisco, « Delineating a Hierarchical Outline of International Law Sources and Norms », *Saskatchewan Law Review*, vol. 65, 2002, p. 357

<sup>1004</sup> DE FROUVILLE, Olivier, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international...*, p. 301

<sup>1005</sup> REDGWELL, Catherine, « Reservations to Treaties and Human Rights Committee General Comment N° 24 (52) », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 46, 1997, pp. 395-396

<sup>1006</sup> « (2) *That the United States reserves the right, subject to its Constitutional constraints, to impose capital punishment on any person (other than a pregnant woman) duly convicted under existing or future laws permitting the imposition of capital punishment, including such punishment for crimes committed by persons below eighteen years of age.*

(3) *That the United States considers itself bound by article 7 to the extent that 'cruel, inhuman or degrading treatment or punishment' means the cruel and unusual treatment or punishment prohibited by the Fifth, Eighth, and/or Fourteenth Amendments to the Constitution of the United States.*

(4) *That because U.S. law generally applies to an offender the penalty in force at the time the offence was committed, the United States does not adhere to the third clause of paragraph 1 of article 15.*

(5) *That the policy and practice of the United States are generally in compliance with and supportive of the Covenant's provisions regarding treatment of juveniles in the criminal justice system. Nevertheless, the United States reserves the right, in exceptional circumstances, to treat juveniles as adults, notwithstanding paragraphs 2 (b) and 3 of article 10 and paragraph 4 of article 14. The United States further reserves to these provisions with respect to States with respect to individuals who volunteer for military service prior to age 18.*»,

[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV4&chapter=4&lang=en#EndDec](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV4&chapter=4&lang=en#EndDec), consulté le 18 octobre 2009. Pour un examen complet des réserves américaines au *Pacte*, voir SCHABAS, William A., « Invalid reservation to the International Covenant on Civil and Political Rights: Is the United States still a Party? », *Brook Journal of International Law*, vol. 21, n°2, 1995-1996.

s'opposent de ce fait à l'objet et au but du *Pacte*: ces arguments furent employés par les Pays-Bas et le Danemark, pour fonder leurs objections aux réserves américaines.<sup>1007</sup> Les deux Etats réagirent en premier lieu en raison du fait que les réserves portaient sur des droits indérogeables, mais aussi parce que le libellé de ces réserves viciaient, selon leur opinion, de toute substance des dispositions essentielles du traité.

Le Comité des droits de l'homme adopta une attitude prudente en refusant d'établir un lien direct entre l'indérogeabilité d'un droit et l'incompatibilité d'une réserve à l'objet et au but du traité, mais il est vrai, que certains droits fondamentaux ne sont pas listés comme indérogeables et donc, une réserve à l'un de ces derniers, peut aussi aller à l'encontre de l'objet et du but, alors qu'une réserve à un droit indérogeable « non-élémentaire » n'a pas inévitablement pour effet d'affecter le texte dans son essence. Ce raisonnement est repris par la Commission du droit international qui affirma que:

« 5. (...) Il n'en résulte cependant pas que ce caractère indérogeable soit, en lui-même, un obstacle à ce qu'une réserve soit formulée sur la disposition énonçant le droit en question dès lors qu'elle ne porte que sur certains aspects limités relatifs à la mise en œuvre du droit en cause. (...)  
7. Il va de soi qu'en revanche le fait qu'une disposition puisse, en principe, faire l'objet d'une dérogation ne signifie pas que toute réserve la concernant soit valide. S'y applique également le critère de sa compatibilité avec l'objet et le but du traité. »<sup>1008</sup>

La Cour interaméricaine des droits de l'homme a repris le test de l'objet et du but et elle souligna que:<sup>1009</sup>

« (...) a reservation which was designed to enable a State to suspend any of the non-derogable fundamental rights must be deemed incompatible with the object and purpose of the Convention and, consequently, not permitted by it. »<sup>1010</sup>

Il s'agit là, comme le fit remarquer le Juge Buergenthal, de la première articulation judiciaire, certes quelque peu ambiguë, du rapport entre indérogeabilité et incompatibilité.<sup>1011</sup> Une réserve

---

<sup>1007</sup> Voir *Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, Status as 31 December 1995, ST/LEG/SER.E/14, 1996*. Le Danemark associa clairement indérogeabilité et fondamentalité et considéra que les réserves américaines équivalaient à des dérogations à caractère général.

<sup>1008</sup> *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-ninth session, 7 May - 8 June and 9 July - 10 August 2007, A/62/10, chapter IV, §§ 34- 154, pp. 107-110*

<sup>1009</sup> La Convention interaméricaine contient une disposition sur les réserves, l'article 75: « *Des réserves peuvent être faites sur la présente Convention qu'en conformité des dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités souscrite le 23 mai 1969.* » Voir, *The Effect of Reservations on the Entry Into Force of the American Convention on Human Rights (Arts. 74 and 75)*, Advisory Opinion OC-2/82, September 24, 1982, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A) No. 2, 1982, § 35: « *Accordingly, for the purpose of the present analysis, the reference in Article 75 to the Vienna Convention makes sense only if it is understood as an express authorization designed to enable States to make whatever reservations they deem appropriate, provided the reservations are not incompatible with the object and purpose of the treaty. As such, they can be said to be governed by Article 20 (1) of the Vienna Convention and, consequently, do not require acceptance by any other State Party.* »

<sup>1010</sup> *Advisory Opinion OC-3/83, Restrictions to the death penalty, articles 4(2) and 4(4) of the American Convention on human rights*, requested by the Inter-American Commission on Human Rights, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Series A, 8 septembre 1983, § 61. Cet avis portait sur la possibilité de faire des réserves à l'article 4 de la *Convention*, à savoir le droit à la vie, listé comme un droit indérogeable à l'article 27§2. Le Guatemala, dont la Constitution autorisait la peine de mort pour les délits de droit commun, fit une réserve à l'article 4§4.

générale visant la suspension totale d'un droit indérogeable va à l'encontre de l'objet et du but de la *Convention*, elle doit, par conséquent, être prohibée. La réserve ne doit, ni mener à la négation du droit visé, ni en suspendre totalement l'application, que le droit soit dérogeable ou indérogeable. La situation est autre si la réserve vise la « restriction » de certains aspects du droit, sans pour autant le priver de son objectif fondamental.<sup>1012</sup> La Cour emploie l'expression de « *non-derogable fundamental rights* », ce qui suggère qu'elle ne vise que les droits les plus importants. Relevons que la *Convention interaméricaine des droits de l'homme* souffre de quelques réserves à certains droits indérogeables: la Barbade a formulé une réserve à l'article 4(4), la Dominique à l'article 5, le Mexique à l'article 23, entre autres.<sup>1013</sup>

Au niveau européen, les réserves incompatibles avec la *Convention européenne des droits de l'homme* ont été communément rejetées.<sup>1014</sup> La *Convention européenne*, en vertu de son article 57, autorise formellement la formulation de réserves, mais uniquement sous certaines conditions ; elle interdit notamment toute réserve à caractère général.<sup>1015</sup> Le critère de compatibilité avec l'objet et le but du traité doit aussi être pris en considération et ainsi, être concilié avec la nature *sui generis* de la *Convention*.<sup>1016</sup> De plus, la réserve doit avoir été formulée à certains moments précis, lors de la signature ou de la ratification, afin d'assurer la nature d'irréversibilité propre aux engagements en matière de droits de l'homme. Finalement, l'article 57 exige l'existence d'une contradiction entre une loi nationale en vigueur et une disposition spécifique de la Convention. Les réserves sont une technique permettant à l'Etat d'adapter son droit domestique à ses obligations internationales.

---

<sup>1011</sup> BUERGENTHAL, Thomas, « The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court », *American Journal of International Law*, vol. 79, 1985, p. 25

<sup>1012</sup> *Advisory Opinion OC-3/83, Restrictions to the death penalty, articles 4(2) and 4(4) of the American Convention on human rights...*, § 61. La Cour conclut que la réserve du Guatemala n'était pas incompatible avec l'objet et le but du traité, mais inadéquate au niveau de son étendue. La réserve visait à préserver le droit pour le Guatemala d'appliquer la peine de mort à des cas relatifs à des délits de droit commun, mais ne portait pas atteinte à l'essence du droit à la vie et donc, n'empêchait pas l'application de l'article 4§2. Notons que depuis lors le Guatemala a retiré sa réserve.

<sup>1013</sup> Voir pour un aperçu complet des réserves à la *Convention interaméricaine*:

<http://www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic4.Amer.Conv.Ratif.htm>

<sup>1014</sup> *Affaire Belilos vs. Suisse*, Cour européenne des droits de l'homme, Requête 10328/83, Arrêt du 29 avril 1988 et voir l'Opinion concordante du juge Mayer : « (...) l'objet et le but de la Convention européenne (est) non pas de créer, mais de reconnaître des droits dont le respect et la protection s'imposent même à défaut de tout texte de droit positif. On conçoit mal que des réserves puissent être admises en ce qui concerne des dispositions reconnaissant des droits de ce genre. » Les organes européens se sont déclarés compétents pour se prononcer sur la validité des réserves, voir *affaire Temeltasch v. Suisse*, Requête 9116/80, Rapport de la Commission européenne des droits de l'homme, 5 mars 1983, puis *l'affaire Belilos et l'affaire Loizdou v. Turquie*, Objections préliminaires, Requête 15318/89, Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt du 23 mars 1995.

<sup>1015</sup> « Une réserve est de caractère général soit, lorsqu'elle ne se rapporte pas à une disposition spécifique de la Convention soit, lorsqu'elle est libellée d'une manière telle qu'elle ne permet pas d'en définir la portée. », *Affaire Temeltasch*, Requête 9116/80, Rapport de la Commission européenne des droits de l'homme, 5 mai 1982, p. 139, § 84

<sup>1016</sup> Les réserves aux dispositions énonçant des droits indérogeables sont rares dans le cadre de la *Convention européenne*, néanmoins, voir la réserve de Malte à l'article 2.

Une fois la législation domestique rendue conforme à la Convention, les réserves doivent être retirées.

L'approche des divers organes de protection démontrent que l'indérogeabilité d'un droit ne signifie pas automatiquement que ce dernier ait un caractère impératif. Par conséquent, toute réserve à un droit indérogeable n'est pas *ipso facto* invalide. Les réserves interdites sont celles qui sont incompatibles avec l'objet et le but du traité et celles qui détruisent et nient l'essence du droit concerné. Les droits de l'homme peuvent être régulés dans leur exercice, mais un minimum de leur substance doit être préservé contre les atteintes. Ainsi, dans les conventions qui ne contiennent pas de clause dérogatoire, la fundamentalité du droit, aussi bien du droit lui-même, que de son importance dans le contexte de la convention pertinente, devient le critère de référence pour apprécier la validité d'une réserve. Dans cette logique, toute réserve formulée à l'encontre des dispositions visant à mettre en place un contrôle et instituer des mécanismes de supervision devrait être également jugée incompatible, le but des instruments étant justement d'établir de telles procédures et de permettre aux organes d'exercer leur fonction de manière efficace.<sup>1017</sup>

Qu'en est-il des réserves qui portent directement sur la clause dérogatoire, qui certes ne garantit aucun droit spécifique, mais aménage un système particulier de protection lors de périodes de crise? Les dispositions relatives aux dérogations occupent une place centrale dans les régimes de protection, en tant que barrière ultime contre l'arbitraire, mais également parce qu'elles mettent en place la possibilité pour les organes d'exercer un contrôle sur la manière dont les Etats dérogent à leurs obligations. Trinidad et Tobago a introduit une réserve à l'article 4 du *Pacte relatif aux droits civils et politiques*, réserve qui permettait à l'Etat de prendre toutes les mesures nécessaires, pour faire face à un état d'urgence, y compris de déroger à des droits indérogeables.

« *The Government of the Republic of Trinidad and Tobago reserves the right not to apply in full the provision of paragraph 2 of article 4 of the Convention since section 7(3) of its Constitution enables Parliament to enact legislation even though it is inconsistent with sections 4 and 5 of the said Constitution.* »<sup>1018</sup>

Cette réserve généra de vives réactions des Pays-Bas et de l'Allemagne, considérant qu'elle était incompatible avec l'objet et le but du *Pacte*. Lors de l'examen du rapport de Trinidad et Tobago en 1984 par le Comité des droits de l'homme, il fut demandé au gouvernement de retirer la réserve, mais rien ne fut entrepris par ce dernier dans ce sens.<sup>1019</sup> La France a aussi formulé une réserve à

---

<sup>1017</sup> Confirmé par le Comité des droits de l'homme au §13 de son *Observation générale N°24 sur les réserves*, tout comme par l'article 20§2 de la *Convention internationale de toutes les formes de discrimination raciale*

<sup>1018</sup> *CCPR/C/SR.441*, § 35

<sup>1019</sup> *CCPR/C/2/Rev.3 et A/40/40*. Trinidad et Tobago a depuis retiré la réserve.

l'article 4 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, ainsi qu'à l'article 15§1 de la *Convention européenne*, en vertu de laquelle :

« *Le Gouvernement de la République, conformément à l'article 64 de la Convention, émet une réserve concernant le paragraphe 1 de l'article 15 en ce sens, d'une part, que les circonstances énumérées par l'article 16 de la Constitution pour sa mise en œuvre, par l'article 1er de la loi du 3 avril 1878 et par la loi du 9 août 1849 pour la déclaration de l'état de siège, par l'article 1er de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 pour la déclaration de l'état d'urgence, et qui permettent la mise en application des dispositions de ces textes, doivent être comprises comme correspondant à l'objet de l'article 15 de la Convention et, d'autre part, que pour l'interprétation et l'application de l'article 16 de la Constitution de la République, les termes dans la stricte mesure où la situation l'exige ne sauraient limiter le pouvoir du Président de la République de prendre les mesures exigées par les circonstances.* »

Selon les autorités françaises, cette réserve avait pour objectif de réconcilier les textes de la *Convention* et du *Pacte* avec la Constitution.<sup>1020</sup> Cette réserve ne vise *a priori* pas les droits indérogeables, bien que la formulation de la réserve soit générale et que la seule limite imposée aux pouvoirs du Président est celle de l'adéquation aux exigences de la situation.<sup>1021</sup> Rappelons que le deuxième paragraphe des clauses dérogoires constitue une limite ultime, une sorte de *lex specialis*, qui milite en faveur d'une interprétation restrictive et qui impose une borne infranchissable aux pouvoirs du chef de l'Etat.<sup>1022</sup> Le principal effet de la réserve française fut d'élargir considérablement la marge d'appréciation de l'Etat dérogeant et entraînait la possibilité de limiter, voire d'exclure, tout contrôle de la part des organes internationaux sur la proportionnalité des mesures dérogoires, ce qui va à l'encontre de l'objet et du but du traité. Cette réserve peut être interprétée comme ayant un caractère général et potestatif, car elle porte sur un article permettant des dérogations aux obligations de la *Convention* dans son ensemble et « *indirectement c'est tout le système de la CEDH qui est visé* ». Toute réserve aux clauses

---

<sup>1020</sup> CCPR/C/2/Rev.3

<sup>1021</sup> Cette réserve fut formulée lors de la ratification de la *Convention* par la France. L'article 15 était considéré comme problématique au regard de l'article 16 de la Constitution Française: « *Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier Ministre, des Présidents des assemblées ainsi que du Conseil Constitutionnel.* »

Notons que la Turquie a également formulé une réserve à l'article 25 de la *Convention européenne* quasiment similaire à celle de la France. Cette réserve fut vivement contestée et déclarée invalide par la Commission, considérant que les restrictions apportées par la Turquie à sa compétence au titre de l'article 25 n'étaient pas valides : « *Il s'ensuit que les réserves turques, étant placées en dehors du champ d'application de l'article 64, doivent être considérées comme des réserves non autorisées par la Convention et, par conséquent, comme des réserves illégales. Dès lors, elles sont nulles et non avenues et ne peuvent engendrer aucun effet de droit.* », *Affaire Chrysostomos, Papachrysostomos et Loizidou v. Turquie*, Requêtes 15299/89/15300/89/15318/89, décision du 4 mars 1991, p. 267. Cette réserve fut formulée lors de l'acceptation de la Turquie de la compétence de la Commission en matière de requêtes individuelles et de la juridiction de la Cour, en vertu de l'article 46.

<sup>1022</sup> La Principauté d'Andorre a également émis une réserve à l'article 15 de la *Convention européenne*: « *Les dispositions de l'article 15 de la Convention concernant le cas de guerre ou de danger public s'appliqueront dans les limites de ce que prévoit l'article 42 de la Constitution de la Principauté d'Andorre. (...)L'article 42 de la Constitution prévoit...* » Voir, pour un aperçu complet des réserves à la *Convention européenne des droits de l'homme*: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?NT=005&CM=8&DF=02/12/2009&CL=FRE&VL=0>

dérogatoires est invalide, car elle affecte un pilier des régimes de protection. A nouveau par ce biais, nous notons une tendance à élargir la notion d'indérogeabilité aux articles instituant des procédures de contrôle. Bien que ces réserves aient été, pour certaines d'entre elles, acceptées comme valides, il est difficile d'entrevoir la possibilité d'émettre une réserve à un article, qui constitue une exception à l'obligation de garantir universellement les droits de l'homme.

L'évaluation de base doit prioritairement prendre en compte la portée de la réserve, la nature de la clause affectée et la compatibilité avec l'objet et le but du traité, et non la désignation du droit en tant que droit indérogeable.

*« Un État ou une organisation internationale ne peut formuler une réserve à une disposition conventionnelle portant sur des droits indérogeables que si la réserve en question est compatible avec les droits et obligations essentiels résultant du traité. Dans l'appréciation de cette compatibilité, il convient de tenir compte de l'importance que les parties ont accordée aux droits en question en leur conférant un caractère indérogeable. »*<sup>1023</sup>

Le critère déterminant n'est pas le caractère indérogeable du droit, mais sa fondamentalité, ce qui renvoie à la question des réserves émises à l'encontre de normes relevant du droit international général ou à des normes impératives de *jus cogens*. Les Etats ont formulé des réserves aux traités en matière de droits de l'homme, manière pour eux de préserver leurs prérogatives souveraines et, rappelons que la plupart de ces réserves n'affectent pas des droits indérogeables, exception faite pour le droit à la vie en lien avec la peine de mort. Les réserves portent essentiellement sur le droit à un procès équitable et l'interdiction des arrestations ou détentions arbitraires. La possibilité de formuler des réserves est, par conséquent, un indice, du caractère fondamental d'une norme, mais en aucun cas un facteur déterminant. La corrélation « indérogeabilité-fondamentalité-impossibilité de faire des réserves » n'est pas automatique, observation déjà réalisée en lien avec le *jus cogens*.<sup>1024</sup>

### Dénonciation

La dénonciation des traités en matière de protection des droits de l'homme entre également dans notre objet d'étude: les Etats ne devraient pas pouvoir priver les individus des droits qu'ils leur ont préalablement accordés. Toutefois, un instrument conventionnel n'est pas conçu comme un acte immuable. En cas de silence, la faculté de dénoncer un traité est permise, s'il est établi que les parties ont eu cette intention lors de l'adoption du texte et qu'il peut être déduit de la nature du traité que le droit de le dénoncer est autorisé.<sup>1025</sup> La majorité des instruments internationaux

---

<sup>1023</sup> Report of the International Law Commission on the work of its fifty-ninth session, 7 May - 8 June and 9 July - 10 August 2007, A/62/10, chapter. I, paras. 34 – 154, p. 107

<sup>1024</sup> Chapitre II. B. 1. c. ii.

<sup>1025</sup> Article 56 de la CVDI.

d'après guerre admettent la dénonciation ou le retrait, notamment les *Conventions sur le Génocide* (article XIV) ou *l'Esclavage de 1956* (article 14), mais certains textes plus récents omettent ce type de dispositions.<sup>1026</sup> Considérant la nature objective des traités en matière de droits de l'homme, il semblerait, et ceci a été confirmé par le Comité des droits de l'homme, que cette absence puisse être interprétée comme une interdiction de la dénonciation.<sup>1027</sup> Ce dernier procéda à un raisonnement à *contrario*, en notant que la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, ainsi que le *Premier Protocole au Pacte*, prévoient la possibilité de dénonciation et donc si, elle n'est pas prévue explicitement, elle doit être interdite.<sup>1028</sup> De plus, le *Pacte* ne possède pas un caractère provisoire. Les critères retenus furent ceux de l'intention des parties et de la nature du traité.<sup>1029</sup>

«2. That the parties to the Covenant did not admit the possibility of denunciation and that it was not a mere oversight on their part to omit reference to denunciation is demonstrated by the fact that article 41 (2) of the Covenant does permit a State party to withdraw its acceptance of the competence of the Committee to examine inter-State communications by filing an appropriate notice to that effect while there is no such provision for denunciation of or withdrawal from the Covenant itself. Moreover, the Optional Protocol to the Covenant, negotiated and adopted contemporaneously with it, permits States parties to denounce it. Additionally, by way of comparison, the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, which was adopted one year prior to the Covenant, expressly permits denunciation. It can therefore be concluded that the drafters of the Covenant deliberately intended to exclude the possibility of denunciation. The same conclusion applies to the Second Optional Protocol in the drafting of which a denunciation clause was deliberately omitted. (..)

4. The rights enshrined in the Covenant belong to the people living in the territory of the State party. The Human Rights Committee has consistently taken the view, as evidenced by its long-standing practice, that once the people are accorded the protection of the rights under the Covenant, such protection devolves with territory and continues to belong to them, notwithstanding change in government of the State party, including dismemberment in more than one State or State succession or any subsequent action of the State party designed to divest them of the rights guaranteed by the Covenant.

---

<sup>1026</sup> Egalement, la *Convention des Nations Unies contre la torture* (article 31), la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (article 21), la *Convention sur les droits de l'enfant* (article 52), la *Convention européenne des droits de l'homme* (article 58), la *Convention interaméricaine des droits de l'homme* (article 78), la *Charte Sociale européenne révisée* (article M), les *Conventions de droit international humanitaire*, le *Premier Protocole au Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (article 12) contiennent une clause relative à la dénonciation, ce qui n'est pas le cas du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et de son *Second Protocole*, de la *Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples*, entre autres.

<sup>1027</sup> *General Comment 26, Continuity of obligations*, (Sixty-first session, 1997), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.8/Rev.1 (1997), reprinted in *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.6 at 173 (2003), §3

<sup>1028</sup> Le Comité va plus loin que le service juridique du Secrétariat des Nations Unies, qui lors de la dénonciation du *Pacte* par la Corée du Nord, avait jugé, sur le fondement de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, qu'il fallait pour ce faire l'accord unanime des Etats parties au *Pacte*. Voir *Aide mémoire du 23 septembre 1997*, UN Doc. CN/467.1997

<sup>1029</sup> Il serait possible d'argumenter que tous les traités multilatéraux généraux visant une codification ou un développement progressif du droit possèdent une nature permanente et ne devraient, de ce fait, pas pouvoir être dénoncés.

5. *The Committee is therefore firmly of the view that international law does not permit a State which has ratified or acceded or succeeded to the Covenant to denounce it or withdraw from it.*  
»<sup>1030</sup>

Notons que les conventions régionales contiennent des dispositions relatives à la dénonciation, en imposant la condition d'une notification préalable, comme l'article 78 de la *Convention interaméricaine* ou l'article 58 de la *Convention européenne*.

« *Les caractéristiques particulières des traités relatifs aux droits de l'homme et la matière qui constitue leur objet justifient entièrement le caractère restrictif de la possibilité de dénoncer ces traités et les limitations qu'on lui impose.* »<sup>1031</sup>

La survenance de circonstances objectives et extérieures aux parties, un changement fondamental des circonstances ou une impossibilité d'exécution, ne sauraient justifier la dénonciation ou la suspension d'un traité qui protège les droits de la personne. En effet, les clauses dérogatoires constituent une sorte de *lex specialis* en la matière.<sup>1032</sup> Le même constat peut être fait en cas de violation substantielle du traité par une partie, la *Convention de Vienne sur le droit des traités* excluant expressément les conventions humanitaires du champ de l'article 60. En définitive, soit le traité prévoit explicitement le droit de dénonciation, soit en cas de silence, la dénonciation est interdite ou l'ensemble des parties doit y consentir, en vertu de l'article 57 de la *Convention de Vienne*. Dénoncer un instrument conférant des droits aux individus peut apparaître, *a priori*, comme constitutif d'une mesure inadmissible, mais la réalité conventionnelle dément cette affirmation. Nuançons, en rappelant l'hypothèse qu'il existerait un principe général de droit international obligeant les Etats à respecter les droits de l'homme: l'Etat dénonciateur resterait lié

---

<sup>1030</sup> *General Comment 26, Continuity of obligations, (Sixty-first session, 1997), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.8/Rev.1 (1997), reprinted in Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.6 at 173 (2003)*

Voir la réaction de la Sous-commission des droits de l'homme relativement aux dénonciations des instruments, *Continuité des obligations souscrites en vertu des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, Résolution de la Sous-Commission 1999/5, 25 août 1999, E/CN.4/Sub.2/RES/1999/5* et la réaction lors de l'annonce de l'intention de la Corée du Nord de dénoncer le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques, A/52/507, 21 octobre 1997*: « *Dénonciation des instruments internationaux: 29. Les présidents se sont déclarés vivement préoccupés de l'intention annoncée le 25 août 1997 par le Gouvernement de la République populaire démocratique de Corée de dénoncer le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Les présidents se sont demandé si cette décision sans précédent était conforme au droit international. L'examen minutieux de tous les éléments pertinents n'a pas permis de conclure que les États parties au Pacte avaient l'intention de permettre sa dénonciation unilatérale par un État partie. De plus, le droit de dénoncer le Pacte est incompatible avec la nature même de celui-ci. En conséquence, les présidents ont engagé tous les membres de la communauté internationale à faire tout leur possible pour respecter l'intégrité du régime conventionnel relatif aux droits de l'homme en général et celle du Pacte international relatif aux droits civils et politiques en particulier.* »

<sup>1031</sup> GROS ESPIELL, Hector, « La Convention américaine et la Convention européenne des droits de l'homme: une analyse comparative », *RCADI*, vol. 218, 1989, p. 388. *Convention européenne des droits de l'homme*, article 58; *Convention européenne pour la prévention de la torture*, article 22; *Convention interaméricaine des droits de l'homme*, article 78; *Convention interaméricaine pour la prévention et la suppression de la torture*, article 23, entre autres. Aucune disposition n'est présente dans la *Charte africaine*.

<sup>1032</sup> Réitéré par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, un conflit armé ne justifie pas la dénonciation. Voir, *Commission Nationale des Droits de l'Homme et des Libertés v. Tchad*, Communication 74/92, octobre 1995, §21 et *Constitutional Rights Project, Civil Liberties Organisation and Media Rights Agenda v. Nigeria*, Communications 140/94, 141/94, 145/95, 15 novembre 1999.

par l'idée des droits de l'homme et ses obligations relevant du droit international général. Ce principe fut implicitement reconnu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Nicaragua*:

« *Ce point particulier doit être approfondi, indépendamment de l'existence d'un engagement juridique pris par la Nicaragua envers l'Organisation des Etats américains de respecter ces droits. L'inexistence d'un tel engagement ne signifierait pas que le Nicaragua puisse violer impunément les droits de l'homme.* »<sup>1033</sup>

La problématique des réserves et de la dénonciation dans le domaine des droits de la personne rejoint l'hypothèse relative à l'importance du contenu matériel d'un droit: si ces derniers visent « *la reconnaissance de la dignité humaine et des droits inaliénables et égaux à l'ensemble des membres de la famille humaine* », comment peut-on accepter de restreindre ces droits de quelque façon que ce soit?<sup>1034</sup> Comment peut-on interdire les dérogations à ces derniers, alors qu'il est possible d'y formuler des réserves ou, même, de dénoncer l'ensemble d'un traité qui les consacre? Cette question concerne le droit international en général. Les Etats acceptent de se lier juridiquement, mais veulent garder une marge de liberté et de manœuvre et préserver un minimum de leur domaine réservé. Le domaine des droits de l'homme, bien que doté de certaines spécificités, n'échappe pas à ce constat. Ces diverses techniques à disposition des Etats, qui leur permettent de moduler leur consentement, sont en quelque sorte un mal nécessaire, car elles favorisent une plus grande adhésion aux conventions internationales, tout en impliquant un effet néfaste sur l'intégrité des traités. Il est certain, qu'elles remettent profondément en cause le postulat d'indivisibilité des droits de l'homme.

« *Car il n'est pas permis de douter que la profusion de réserves et la nature de certaines d'entre elles diminuent dangereusement l'efficacité des instruments juridiques relatifs à la protection internationale des droits de l'homme.* »<sup>1035</sup>

#### *iv. Droits de l'homme, obligations erga omnes et erga omnes partes*

Au vu de l'exceptionnalité de la branche juridique, qui nous intéresse dans ce chapitre, il semble logique de se demander, si les droits de l'homme sont générateurs d'obligations *erga omnes*: le devoir de les observer existe-il envers l'ensemble de la communauté internationale ou leur respect est-il uniquement placé sous la garantie des Etats parties à un régime donné? La problématique des obligations *erga omnes* concerne aussi les conséquences issues des violations commises à

---

<sup>1033</sup> La Cour examina l'argument des Etats-Unis, selon lequel le Nicaragua violait les droits de l'homme. *Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Nicaragua v. Etats-Unis d'Amérique*, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J 1986, *fond, arrêt du 27 juin 1986*, §267.

Aussi, *La protection des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des Etats*, Institut de Droit International, Session de Saint-Jacques-de-Compostelle, 1989, Huitième Commission, Rapporteur: M. Giuseppe Sperduti, qui affirme la même idée.

<sup>1034</sup> *Opinion concordante du juge De Meyer dans l'affaire Belilos vs. Suisse*, Cour européenne des droits de l'homme, Requête 10328/83, Arrêt du 29 avril 1988, p. 36.

<sup>1035</sup> CARRILLO-SALCEDO, Juan-Antonio, « Droit international et souveraineté des Etats, Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 257, 1996, p. 183

l'encontre de certaines normes. Il s'agit de savoir si des conséquences plus graves sont issues des violations des normes indérogables, par l'imposition d'obligations dues à l'ensemble de la communauté internationale.

« De surcroît, l'interdiction de la torture impose aux États des obligations *erga omnes*, c'est-à-dire des obligations vis-à-vis de tous les autres membres de la communauté internationale dont chacun a un droit corrélatif. En outre, la violation de ces obligations porte simultanément atteinte au droit corrélatif de tous les membres de la communauté internationale et autorise chacun d'entre eux à exiger que l'État en cause remplisse son obligation ou, à tout le moins, cesse d'y contrevenir ou ne récidive pas. »<sup>1036</sup>

Les obligations en matière de droits de l'homme sont fréquemment citées dans la jurisprudence comme illustrations d'obligations *erga omnes*.<sup>1037</sup> Ce caractère *erga omnes* permettrait à tout Etat de soulever la violation d'une norme internationale relative aux droits de la personne, qu'il soit ou non la victime directe du dommage, ainsi que de réagir face à cette violation. Cette conséquence juridique est issue du caractère de l'obligation en cause et du fait que sa violation constitue un dommage à tous les Etats. Le respect des droits de l'homme est placé sous la garantie collective de l'ensemble des membres de la communauté internationale, qui auraient le devoir de les observer et les faire observer faire respecter.

Le Comité des droits de l'homme dans son *Observation générale N°31* a affirmé:

« 2. While article 2 is couched in terms of the obligations of State Parties towards individuals as the right-holders under the Covenant, every State Party has a legal interest in the performance by every other State Party of its obligations. This follows from the fact that the 'rules concerning the basic rights of the human person' are *erga omnes* obligations and that, as indicated in the fourth preamble paragraph of the Covenant, there is a United Nations Charter obligation to promote universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms. Furthermore, the contractual dimension of the treaty involves any State Party to a treaty being obligated to every other State Party to comply with its undertakings under the treaty. »<sup>1038</sup>

La nature *erga omnes* des obligations en matière de droits de l'homme découlerait premièrement de la *Charte des Nations Unies*, qui demande aux Etats de promouvoir le respect universel de ces derniers. Tous les droits de l'homme impliqueraient une obligation de respect due à l'ensemble de la communauté internationale, en raison de la spécificité du domaine, majoritairement constitué d'engagements unilatéraux, dépassant le cadre bilatéral traditionnel: le respect des obligations en la matière est au bénéfice des individus et leur violation ne porte pas directement préjudice à un ou

---

<sup>1036</sup> *Le Procureur v. Anto Furundzija*, Affaire N°IT-95-17/1-T, Chambre de Première Instance, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, jugement du 10 décembre 1998, § 151.

<sup>1037</sup> *Affaire Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Belgique v. Espagne, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J 1970, fond, arrêt du 5 février 1970, § 34; *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de Génocide*, Bosnie-Herzégovine v. Yougoslavie, exceptions préliminaires, Cour internationale de Justice Recueil C.I.J 1996 p. 595, 11 juillet 1996, § 31; *Affaire relative au Timor Oriental*, Portugal v. Australie, fond, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J 1995, 30 juin 1995, § 29, relativement au droit à l'auto-détermination.

<sup>1038</sup> *General Comment N° 31, Nature of the General Obligations imposed on States Parties to the Covenant*, Human Rights Committee, *CCPR/C/21/Rev.1/Add.13*, 26 mai 2004, § 2

plusieurs Etats en particulier.<sup>1039</sup> Ceci mène à la généralisation du *locus standi* et du droit de réaction, à savoir la prise de mesures de rétorsion, voire de contre-mesures, en cas de transgression. Cette possibilité semble un peu hypothétique, au vu de l'absence de juridiction obligatoire en droit international et de la réticence des Etats agir, lorsque leurs intérêts ne sont pas affectés. Cette reconnaissance de l'ensemble des droits de l'homme comme des obligations *erga omnes* signifierait leur reconnaître une portée extra-conventionnelle. Notons le petit nombre d'occurrences où des Etats ont réagi à des violations commises par un Etat étranger.<sup>1040</sup>

Les débats à ce sujet n'ont pas cessé: si l'on considère *l'obiter dictum* de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Barcelona Traction*, ce qui doit être pris en compte est le contenu de la norme, sa fondamentale et le caractère collectif de l'intérêt que celle-ci vise à protéger; mais, il faut également considérer l'étendue et la portée des violations commises à l'encontre de celle-ci.<sup>1041</sup> La Cour procéda à une distinction entre les droits de l'homme fondamentaux (*basic human rights*), intimement liés à la dignité humaine, et les droits de l'homme « ordinaires », pour en déduire leur caractère *erga omnes*.<sup>1042</sup> Cette interprétation a pourtant été remise en question: pour certains, la Cour ne fit aucune différenciation entre les droits, la formule « *droits fondamentaux de la personne humaine* » faisant référence à l'ensemble du *corpus*. La tendance actuelle veut que cette prétendue distinction ait perdu de sa pertinence au regard du développement des droits de l'homme depuis lors.<sup>1043</sup> Dans l'affaire précitée, la Cour précisa néanmoins qu'au niveau universel, les instruments en matière de droits de la personne ne confèrent pas aux Etats la capacité de protéger les victimes des violations, indépendamment de leur nationalité, contrairement à la *Convention européenne des droits de l'homme* qui permettrait à tout Etat partie de porter plainte

---

<sup>1039</sup> Confirmé par, entre autres: *Restatement of the Foreign Relations Law of the United States (Revised)*, sections 702-703; SCHACHTER Oscar, «International Law Implications of US Human Rights Policies», *New York Law School Law Review*, vol. 24, 1978, p. 65. Il considère que tous les droits de l'homme sont fondamentaux. Ils engendrent, par conséquent, des obligations *erga omnes*. Voir aussi, la Résolution « The Protection of Human Rights and the Principle of Non-Intervention in Internal Affairs of States », Institut de Droit International, Session of 1989, Santiago de Compostela, article 1: « *Human rights are a direct expression of the dignity of the human person. The obligation of States to ensure their observance derives from the recognition of this dignity as proclaimed in the Charter of the United Nations and in the Universal Declaration of Human Rights.*

*This international obligation, as expressed by the International Court of Justice, is erga omnes; it is incumbent upon every State in relation to the international community as a whole, and every State has a legal interest in the protection of human rights. The obligation further implies a duty of solidarity among all States to ensure as rapidly as possible the effective protection of human rights throughout the world. »*

<sup>1040</sup> La France suspendit des traités militaires et des accords financiers avec la République centrafricaine en 1965, suite au coup d'Etat de Bokassa ; les Etats-Unis adoptèrent l'*Embargo Act* en 1978, en réaction aux atrocités commises en Ouganda par le régime d'Idi Amin Dada en 1972, par exemple. Voir PROVOST, René, *International Human Rights and Humanitarian Law*, ..., p. 208.

<sup>1041</sup> *Affaire Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Belgique v. Espagne*, Recueil C.I.J 1970, fond, arrêt du 5 février 1970, pp. 32-33.

<sup>1042</sup> §§ 33-34 de l'arrêt.

<sup>1043</sup> MERON, Theodor, *Human rights and humanitarian norms as customary law*, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 227

contre une violation de la Convention, indépendamment de la nationalité de la victime.<sup>1044</sup> Il ressort de ce passage que seuls les droits fondamentaux de la personne, à savoir les droits fermement enracinés en droit international, donnent lieu à des obligations *erga omnes*, ceci étant suggéré par la référence au droit international général et aux accords universels ou quasi-universels

Tous les droits de l'homme ne font, par conséquent, pas tous partie de la catégorie *erga omnes* au sens large, mais peuvent entrer dans la définition *obligations erga omnes partes*, en relation avec l'obligation qui existe entre des sujets définis: un traité peut créer des obligations *erga omnes partes*.<sup>1045</sup> La différence réside en ce que ces obligations sont dues à un groupe restreint d'Etats qui les ont expressément acceptées, et non à l'ensemble de la communauté internationale. Il est ici question de l'étendue de la validation de la norme et de la gravité de l'atteinte qui y est portée: ces deux critères permettent de différencier entre des droits de l'homme fondamentaux, donnant lieu à une généralisation de l'intérêt juridique et les autres droits de l'homme, donnant lieu à des obligations *erga omnes partes*, qui existeraient uniquement entre les parties à un accord conventionnel. Il existe toujours un intérêt juridique collectif, mais l'instrument régule la manière, dont il doit être protégé. Tout Etat peut, de plus, soulever la violation d'un droit garanti par un traité à vocation humanitaire, auquel il est partie, même s'il n'en est pas la victime, directe ou indirecte. Soulignons que la Commission du droit international dépassa le cadre conventionnel en considérant que « *le droit général de la responsabilité de l'Etat peut être mis en œuvre par des acteurs qui représentent la communauté internationale dans son ensemble, même si l'actio popularis demeure en dehors des possibilités offertes par l'instance considérée* ». <sup>1046</sup> Elle rejeta en effet l'argument du gouvernement italien, selon lequel les organes européens ne possédaient pas la compétence pour juger du cas, l'Autriche n'ayant pas ratifié la Convention européenne au moment des faits. <sup>1047</sup>

Les droits de l'homme ne peuvent être réduits à de simples obligations bilatérales entre Etats et dans ce sens, ils ont un aspect *erga omnes*, mais notons que tous les Etats n'assument pas des obligations similaires, puisqu'ils ont contracté des engagements différents. La protection des droits, dérogeables et indérogeables, constitue une obligation due à l'ensemble des Etats,

---

<sup>1044</sup> § 91 de l'arrêt.

<sup>1045</sup> Le Rapporteur spécial Riphagen a d'ailleurs distingué, dans le domaine de la responsabilité des Etats, les obligations *erga omnes* des obligations *erga omnes partes*, *Yearbook of the ILC*, 1980, II Part 1, p. 120

<sup>1046</sup> *Fragmentation du Droit International. Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du Groupe d'Etude de la Commission du droit international, établi sous sa forme définitive par Martti Koskeniemi, cinquante-huitième session, mai-août 2006, A/CN.4/L.682, 13 avril 2006, pp. 220-221, § 400.

<sup>1047</sup> *Affaire Autriche v. Italie*, Commission européenne des droits de l'homme, Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme, vol. 4., 1961, p. 116 et p. 138.

premièrement en fonction de leurs obligations conventionnelles. Tous les Etats ont un intérêt juridique à voir ces engagements respectés et, cette dimension *erga omnes* est issue de la nature intrinsèque du droit international des droits de l'homme, mais non du caractère dérogeable ou indérogeable d'un droit. Si la protection des droits de l'homme est une mission qui incombe à tous les membres de la communauté internationale, peut-on alors considérer, en fonction de leur statut, en tant que droits indérogeables ou dérogeables, que certains d'entre eux possèdent une importance accrue? Les obligations en matière de droits de l'homme, en raison des spécificités mentionnées, priment-elles *ipso facto* sur les autres normes du droit international en cas de conflit normatif ?

### **b. Fonction de hiérarchisation des droits de l'homme indérogeables**

*« Un droit est fondamental dans la mesure où il est directement porteur de la substance de la dignité humaine. Un droit de l'homme est non fondamental - mais non secondaire - dans la mesure où sa compréhension et sa mise en œuvre renvoient à un droit fondamental dont il est en quelque sorte un aspect (...) »*<sup>1048</sup>

*i. Une hiérarchie interne: l'indérogeabilité comme une cause ou un simple indice du caractère fondamental du droit*

Le noyau de droits indérogeables serait susceptible de générer des conséquences néfastes sur l'ensemble du *corpus* des droits de l'homme, car il pourrait être perçu comme un seuil minimal, dispensant les Etats parties de respecter les droits, qui ne sont pas désignés comme indérogeables. Ce risque de dévalorisation des normes « ordinaires » est intrinsèque à toute tentative de priorisation des obligations juridiques, mais dans le domaine des droits de l'homme, cela peut se révéler dangereux, en raison des risques de dérives, ainsi que de l'importance de chaque droit pour le respect de l'ensemble du *corpus*.

Cette crainte a été ainsi exprimée par le Comité des droits de l'homme dans son *Observation générale N°29*:

*« Le fait que le paragraphe 2 de l'article 4 stipule que certaines dispositions du Pacte ne sont pas susceptibles de dérogation ne signifie pas qu'il est permis de déroger à volonté à d'autres articles du Pacte, même lorsqu'il y a une menace pour l'existence de la nation. L'obligation juridique de limiter toutes les dérogations au strict minimum nécessaire pour faire face aux exigences de la situation implique à la fois pour les États parties et pour le Comité le devoir de procéder à une analyse minutieuse en se fondant sur chaque article du Pacte et sur une évaluation objective de la situation en question. »*<sup>1049</sup>

---

<sup>1048</sup> MEYER-BISCH, Patrice, *Le corps des droits de l'homme : l'indivisibilité comme principe d'interprétation et de mise en œuvre des droits de l'homme, ...*, p. 269

<sup>1049</sup> § 6 de *Observation Générale N°29, Dérogations pendant un Etat d'urgence (article 4)*, adoptée par le Comité des droits de l'homme à sa 1950<sup>ème</sup> séance, le 24 juillet 2001, *UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11*, 31 août 2001

Aucune priorité automatique ne devrait être donnée aux droits dits indérogeables. Recouvrir un nombre limité de droits d'une dimension indérogeable n'entraîne aucunement la possibilité pour les Etats de pouvoir déroger librement aux autres droits, lors de la survenance d'un danger public:

*« In our opinion, the principle of inalienability of certain rights should not be interpreted as authorizing the suppression of rights from which derogation is permitted by international instruments. »*<sup>1050</sup>

La liste des droits indérogeables est souvent assimilée à la concrétisation juridique de valeurs suprêmes, représentant une sorte d'absolu à ne pas franchir, mais les droits de l'homme sont, et doivent demeurer, un ensemble cohérent, au sein duquel chaque droit et chaque liberté doit conserver un minimum intangible.<sup>1051</sup> La tendance, qui veut établir une hiérarchie sur la base du statut indérogeable ou dérogeable d'un droit, entraîne une confusion théorique et conceptuelle entre les notions de droits de l'homme indérogeables et de normes indérogeables relevant du *jus cogens*. Ces dernières ne se recouvrent pas et n'impliquent pas une signification similaire du terme de dérogation. Ce penchant quasi-obsessionnel à classer et hiérarchiser les droits de l'homme heurtent les principes d'indivisibilité et d'interdépendance, en tant que principes piliers sur lesquels devrait se baser tout l'édifice « droit-de-l'hommiste ».

Si l'on octroie aux droits indérogeables un caractère normativement supérieur, il devrait être évident, en pratique, que si un conflit intervient entre un droit dérogeable et un droit indérogeable, ce dernier ait la priorité. Pourtant, la pratique se révèle plus contrastée. L'interdiction de la discrimination raciale est perçue comme une norme indérogeable.<sup>1052</sup> La Cour européenne des droits de l'homme n'a pourtant pas conclu à la supériorité de ladite norme, lorsque celle-ci fut confrontée à la liberté d'expression et ceci, malgré les limitations et les possibilités de dérogations attachées à l'exercice de ce droit.<sup>1053</sup> De toute évidence, il n'existe pas une hiérarchie de fait entre les droits de l'homme, qui soit basée sur leur régime juridique applicable en temps de crise. La jurisprudence soutient tout de même l'idée d'une certaine classification entre les droits de l'homme. Une illustration est fournie par la Cour européenne des droits de l'homme, quand elle insiste sur le caractère sacré et absolu de l'interdiction de la torture. L'obligation prohibitive ne

---

<sup>1050</sup> *Etude sur les conséquences pour les droits de l'homme des situations dites d'état de siège ou d'exception*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1982/15, trente-cinquième session, 27 juillet 1982 présentée par le Rapporteur spécial, Mme Nicole Questiaux, § 193

<sup>1051</sup> « [...] une part d'irréductible et essentielle de liberté à laquelle les Etats ont l'interdiction de porter atteinte, une limite inférieure ultime au-delà de laquelle les libertés n'ont plus de sens plus de substance. », KATZ, Christian, « Pour la proclamation par la communauté internationale d'un noyau intangible des droits de l'homme »,... p. 545

<sup>1052</sup> *Supra* **Partie III. B. 3. b. ii.**

<sup>1053</sup> *Affaire Jersild v. Danemark*, Requête 15890/89, Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt, Strasbourg, 23 septembre 1994, § 37. Dans cette affaire, la Cour nota que le Danemark était partie au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, qui impose explicitement aux Etats d'interdire les discours haineux à caractère raciste. Néanmoins, la Cour conclut que ces restrictions n'étaient pas nécessaires dans une société démocratique.

peut être transgressée, et ceci même si la violation a pour but de protéger un autre droit indérogeable, comme par exemple, le droit à la vie :

« (...) l'article 3 consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. Même dans les circonstances les plus difficiles, telles la lutte contre le terrorisme ou le crime organisé, la Convention prohibe en termes absolus la torture et les traitements ou peines inhumains ou dégradants (...) »<sup>1054</sup>

L'indérogeabilité de certains droits de l'homme paraît alors problématique en tant que source de normativité renforcée. Comme observée *supra*, la capacité de déroger est circonscrite de manière stricte, ce qui rend la distinction entre droits dérogeables et indérogeables très tenue. L'indérogeabilité d'un droit est basée sur divers critères, qui ne sont pas uniquement reliés à la valeur ou à l'importance matérielle de la norme, mais également à des considérations pratiques.

« Overall then, non derogable rights are both over-inclusive and under-inclusive as the primary source of normative hierarchy. »<sup>1055</sup>

Si les obligations en matière de protection des droits de la personne, qui ne sont pas sujettes aux dérogations possédaient un statut normativement supérieur, on serait alors « amené à attribuer à la protection contre l'emprisonnement pour dette une importance plus grande qu'à l'interdiction du travail forcé ou au droit à la liberté et à la sécurité de la personne ». <sup>1056</sup> L'idée que le noyau intangible des droits de l'homme soit défini exclusivement en référence aux droits indérogeables doit être abandonnée. La position de Frédéric Sudre, qui établit une stricte égalité entre droits intangibles et droits non-dérogeables, ce menant à établir une hiérarchie, tant juridique et axiologique, basée uniquement sur ce critère, est à rejeter. <sup>1057</sup>

Les listes des droits indérogeables incluses dans les divers instruments internationaux sont des guides utiles pour appréhender le noyau dur des droits de l'homme, mais ne sont pas des critères déterminants, afin d'établir une réelle hiérarchie entre les droits. Premièrement, la faculté dérogatoire et son étendue ne sont pas identiques selon le texte considéré. En outre, la désignation d'un droit comme indérogeable est souvent liée à la nature juridique de certains droits, ainsi qu'à leurs fonctions en période d'urgence, et non pas automatiquement à leur caractère fondamental. L'approche de Patrice Meyer-Bisch semble ici pertinente. Ce dernier énonce qu'il faut également se référer à d'autres éléments et notamment, avoir recours au concept de limitations, qui définit les libertés en « conformité avec la société démocratique, afin de définir le noyau intangible des droits

---

<sup>1054</sup> *Affaire Selmouni v. France*, Requête 25803/94, Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt Strasbourg, 28 juillet 1999, § 95

<sup>1055</sup> SEIDERMAN, Ian D., *Hierarchy in International Law: the Human Rights Dimension...*, p. 275

<sup>1056</sup> SAMSON, Klaus, « Le noyau intangible des droits de l'homme- notion utile ou illusion simpliste? », in MEYER-BISCH, Patrice, (Ed.), *Le noyau intangible des droits de l'homme...*, p. 48

<sup>1057</sup> SUDRE, Frédéric, *Droit international et européen des droits de l'homme...* p. 121

de l'homme ». <sup>1058</sup> Un droit est fondamental, car il a trait directement au respect de la dignité humaine. Si une hiérarchie entre les droits de la personne doit exister, elle doit se fonder en premier lieu sur ce fondement, qui demeure éminemment variable, selon l'époque et la culture considérées. Finalement, cela revient à dire que tous les droits de l'homme se trouvent sur un pied d'égalité, puisque chaque droit, chaque liberté correspond à un aspect de la dignité humaine, qu'il est nécessaire de protéger. A nouveau, une convergence entre les différentes catégories de droits de l'homme apparaît. Les droits, qui sont pourvus d'une protection juridique renforcée sont sans nul doute porteurs de valeurs communes, mais on ne peut se limiter aux listes conventionnelles des droits indérogeables pour dégager quels droits reflètent les intérêts fondamentaux de la communauté internationale ou ceux spécifiques à un groupement d'Etats. Preuve en est, de nombreux droits susceptibles de dérogations ont reçu des dénominations, telles que « *droit inhérent à la démocratie* ». <sup>1059</sup>

Il n'y a donc pas de recouvrement de fait entre la protection juridique octroyée à un droit en période d'urgence et son caractère fondamental. Certes, l'indérogeabilité est un facteur, un indice de l'importance du droit en question, mais également une conséquence de sa fundamentalité:

« *L'interdiction formelle de toute dérogation nous paraît en effet être un critère objectif permettant d'identifier une règle relevant de l'ordre public de la communauté internationale.* » <sup>1060</sup>

Cette affirmation ne revient pas pour autant à affirmer qu'un droit dérogeable est moins important qu'un droit indérogeable, aussi bien au niveau de son contenu matériel, qu'à l'échelle de la fonction jouée par celui-ci. Un droit indérogeable est moins malléable qu'un droit dérogeable, mais tout droit peut être adapté aux circonstances de l'espèce, selon le degré de flexibilité permis par sa définition. La détermination de la dimension précise de chaque droit dépend assurément en grande partie de l'interprète et de la juridiction concernée, ainsi que des intérêts et de l'agenda poursuivis par ceux-ci. De plus, en cas de conflit, il n'est pas assuré que le droit indérogeable

<sup>1058</sup> MEYER-BISCH, Patrice, « Conclusions », in MEYER-BISCH, Patrice, (Ed.), *Le noyau intangible des droits de l'homme...*, p. 236

<sup>1059</sup> **Liberté d'expression:** *Affaire Handyside v. Royaume-Uni*, Requête 5394/72, Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt, 7 décembre 1976, §49, *affaire Castells v. Espagne*, Requête 11798/85, Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt, 23 avril 1992, §43; **Liberté de conscience et religion:** *Affaire Kokkinakis v. Grèce*, Requête 14307/88, Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt, 25 mai 1993, §31, *affaire Otto-Preminger Institut v. Autriche*, Requête 13470/87, Cour européenne des droits de l'homme, 29 septembre 1994, Arrêt, §47; **Droit à la liberté et à la sûreté:** *Affaire DeWilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, Requêtes 2832/66, 2835/66, 2899/66, Cour européenne des droits de l'homme, 18 juin 1971, Arrêt, §65, *affaire Engel et autre v. Pays-Bas*, Requêtes 5100/71, 5101/71, 5102/71, Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt, 8 juin 1976, §69, *affaire Winterwerp v. Pays-Bas*, Requête 6301/73, Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt, 24 octobre 1979, §39; **Le droit à un procès équitable:** *Affaire Delcourt v. Belgique*, Requête 2689/65, Cour européenne des droits de l'homme, 17 janvier 1970, Arrêt, §25, *affaire Deweer v. Belgique*, Requête 6903/75, Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt, 27 janvier 1980, §44, *affaire Golder v. Royaume-Uni*, Requête 4451/70, Cour européenne des droits de l'homme, 21 février 1975, Arrêt, §44.

<sup>1060</sup> SUY, Erik, *Rapport sur le Jus Cogens en droit international public, Conférence de droit international, Lagonissi, Grèce, avril 1966*, Genève, Centre Européen de la Dotation Carnegie, 1967, p. 12.

primera sur un droit dérogeable, à moins que son statut de norme impérative n'ait été reconnu. Ainsi, lorsque la Cour européenne des droits de l'homme souligne le caractère absolu de l'article 3, prohibant la pratique de la torture, c'est en tant que norme ayant acquis un caractère de *jus cogens*, et non en tant que droit non-susceptible de dérogation.<sup>1061</sup>

L'indérogeabilité de certains droits repose en conséquence sur leur contenu particulier, la nature de leur mise en œuvre et leur fonction propre et pas inévitablement sur leur importance relative ou leur qualité normative et transcendante.<sup>1062</sup> Il existe certes une convergence remarquable entre les quatre droits indérogeables communs aux divers textes et le minimum humanitaire, tel que garanti par l'article 3 des *Conventions de Genève*. L'indérogeabilité doit être conçue comme un mécanisme conventionnel qui ne peut être séparé du contexte circonstancié de danger public menaçant l'existence de la Nation. Catherine Maia s'inquiète avec raison de la tendance à assimiler droits indérogeables et droits impératifs:<sup>1063</sup>

« *Ensuite, l'assimilation des quelques droits qualifiés d'indérogeables avec les droits impératifs suscitent la crainte - omniprésente et légitime - que ce noyau extrêmement restrictif de droits agisse comme un seuil minimum qui dispenserait les Etats de respecter aussi scrupuleusement les autres droits de la personne (...)* »<sup>1064</sup>

L'existence de droits indérogeables ne signifie pas que les autres droits soient librement dérogeables ou moins importants. Aucun droit de l'homme ne devrait être détruit dans son essence et l'ensemble des Etats s'est engagé à favoriser « *le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion* ». <sup>1065</sup> La frontière entre droits indérogeables et dérogeables est minime. C'est précisément dans cette perspective globale qu'il faut comprendre l'intangibilité des droits de l'homme:

« *Even in times of emergency, the fundamental core of a right should remain largely operative (...) It would be an error to suppose that the mere invocation of a state of emergency is tantamount to authorization for a state to nullify the rights not protected as non-derogable.* »<sup>1066</sup>

---

<sup>1061</sup> *Affaire Selmouni v. France*, Requête 25803/94, Arrêt Strasbourg, Cour européenne des droits de l'homme, 28 juillet 1999, §95

<sup>1062</sup> *Observation générale sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des Protocoles facultatifs y relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte*, 4 novembre 1994, §10: « *Bien qu'il n'y ait pas de hiérarchie entre les droits consacrés dans le Pacte, l'exercice de certains droits ne peut être suspendu, même en période d'urgence nationale, ce qui souligne l'importance capitale des droits non susceptibles de dérogation. Mais en fait ce ne sont pas tous les droits d'une importance capitale, tels que ceux énoncés aux articles 9 et 27 du Pacte, auxquels il est interdit de déroger.* »

<sup>1063</sup> « *The fact that in a number of comprehensive human rights instruments at the worldwide and regional level, certain rights are specifically safeguarded and are intended to retain their full strength and validity notably in serious emergency situations, is a strong argument in favour of the contention that there is at least a minimum catalogue of fundamental or elementary rights.* », VAN BOVEN, Theo, « *Distinguishing Criteria of Human Rights* », in VASAK, Karel, ALSTON Philip, (Eds.), *The international dimensions of human rights/Les dimensions internationales des droits de l'homme*,..., p. 43

<sup>1064</sup> MAIA, Catherine, « *De la signification des clauses de non-dérogation en matière d'identification des droits de l'homme impératifs*»,..., p. 48

<sup>1065</sup> *Charte des Nations Unies*, Articles 1§3 et 55§3

<sup>1066</sup> SEIDERMAN, Ian D., *Hierarchy in International Law: the Human Rights Dimension*..., p. 72

Le noyau dur et intangible des droits de l'homme ne peut être assimilé aux droits indérogeables énumérés dans les conventions internationales. L'indérogeabilité d'un droit constitue un indice, parmi d'autres, de la fondamentale de ce dernier, mais représente avant tout un critère de détermination de l'indivisibilité du droit. Toutefois, il n'est pas vrai que seuls les droits ayant un objet indivisible sont fondamentaux.

*ii. Violation des obligations, fait illicite, crime et responsabilité*

L'existence du droit international n'est en rien dépendante de la présence d'une sanction automatique à la violation de l'une de ses normes. La criminalisation de certains actes commis en contravention de règles juridiques peut néanmoins démontrer une intention de leur attacher une importance renforcée. Ainsi, ce type de condamnation reflète la volonté d'une société de mettre en avant certaines valeurs collectives, par la mise en place d'un régime juridique punitif particulier. Sur le plan international, la criminalisation de certains actes peut résulter, soit dans l'engagement d'une responsabilité internationale « aggravée » de l'Etat, soit dans la génération d'une responsabilité pénale individuelle. Les deux types de responsabilité peuvent survenir conjointement.<sup>1067</sup>

Bien que les *articles sur la responsabilité internationale des Etats* aient supprimé la différence établie initialement entre crimes et délits d'Etats, le commentaire souligna toutefois, relativement aux violations graves découlant de normes impératives de droit international général, concept qui a remplacé la notion de crime:

*« En conséquence, les présents articles n'établissent pas de distinction aux fins de la première partie, entre « crimes » et « délits » des États. Il doit toutefois en ressortir que les notions fondamentales de normes impératives du droit international général et d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble emportent certaines conséquences dans le cadre de la responsabilité des Etats (...)*

*Premièrement, les violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général peuvent entraîner des conséquences supplémentaires, non seulement pour l'Etat responsable mais pour tous les autres Etats. Deuxièmement, tous les Etats ont le droit d'invoquer la responsabilité pour la violation d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble. »*<sup>1068</sup>

La Commission offrit certains exemples de ce type de violations et, il est intéressant de noter que la plupart relève du domaine des droits de la personne: interdictions de l'esclavage et de la traite

---

<sup>1067</sup> *Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, 2001, Texte adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session, en 2001, Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II(2), consulté le 2 décembre 2009 à l'adresse:

[http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/commentaires/9\\_6\\_2001\\_francais.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/commentaires/9_6_2001_francais.pdf). (Ci-après *Articles sur la responsabilité internationale de l'Etat*)

Voir l'article 58: « *Les présents articles sont sans préjudice de toute question relative à la responsabilité individuelle d'après le droit international de toute personne qui agit pour le compte d'un État.* »

<sup>1068</sup> *Articles sur la responsabilité internationale de l'Etat*, Commentaire du Chapitre III, p. 302-303.

des esclaves, du génocide, de la discrimination raciale, de l'apartheid et de la torture, ainsi que le droit à l'auto-détermination. Les violations graves et systématiques de certaines obligations en matière de droits de l'homme,<sup>1069</sup> qui relèvent, soit du *jus cogens*, soit qui sont concomitantes avec des obligations *erga omnes*, peuvent entraîner des conséquences plus lourdes en matière de responsabilité de l'Etat. Il est certain que ceci constitue un élément important pour affirmer le caractère fondamental de certains droits, dont certains sont insérés dans les listes des droits indérogeables.

Au niveau de la responsabilité pénale individuelle, quelques traités en matière de protection de droits de la personne élèvent au rang de crimes les violations commises à l'égard de leurs dispositions. C'est le cas par exemple des *Conventions sur le Génocide* (articles I et IV) et *l'Apartheid* (articles I et III). On peut remarquer qu'il s'agit de crimes, qui sont l'objet de conventions spécifiques, dont la gravité a été réitérée à maintes reprises, dans des textes contraignants et des instruments plus « soft » et qui, de plus, sont inclus dans le statut des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* et celui de la Cour pénale internationale. D'autres conventions de type humanitaire élèvent au rang de crimes internationaux les violations à leurs dispositions: les *Conventions de Genève de 1949* et leurs *Protocoles additionnels*<sup>1070</sup> ou encore la *Convention américaine sur les disparitions forcées des personnes du 9 juin 1994*, qui considère cette pratique comme un crime de lèse-humanité.<sup>1071</sup>

Ces traités, tout comme la *Convention sur la torture de 1984*,<sup>1072</sup> exigent des Etats de veiller à pénaliser les violations dans leur droit interne et, de plus, instaurent des titres de compétence juridictionnelle, afin de poursuivre et juger les présumés coupables. Ces titres varient selon le texte considéré. La *Convention sur la torture* met en place une compétence universelle pour les « crimes » de torture,<sup>1073</sup> en vertu de son article 5 et les *Conventions sur le génocide et l'apartheid* établissent une compétence internationale, respectivement sur la base de leur article VI et 5. L'existence de la possibilité d'exercer ce type de compétence démontre l'importance attachée à la punition de certaines violations graves de normes internationales. Les auteurs de ces crimes sont

---

<sup>1069</sup> *Ibidem*, p. 304: « Les obligations visées à l'article 40 découlant des règles de fond qui interdisent des comportements considérés comme intolérables en raison de la menace qu'ils représentent pour la survie des Etats et de leurs peuples, ainsi que pour les valeurs humaines fondamentales. »

<sup>1070</sup> Le **chapitre III. C. 5. d.** consacré au droit international humanitaire reviendra sur les notions d'infractions graves et de crimes de guerre.

<sup>1071</sup> Voir le Préambule, § 6.

<sup>1072</sup> Notons que cette convention ne mentionne pas le terme de crime. *Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage de 1956*, article 3: criminalisation de la traite des esclaves.

<sup>1073</sup> L'interdiction de la torture fut élevée au rang de crime de droit international sous l'impulsion des tribunaux pénaux *ad hoc* et de la Cour pénale internationale. Voir, VAN DER VYVER, Johan D., «Torture as a crime under International Law. Torture: Paradigms, Practices and Policies», *Albany Law Review*, vol. 67, 2003.2004, pp. 427-464

considérés comme des « *ennemis de tous les peuples* ». <sup>1074</sup> Le droit international pénal et son institutionnalisation se sont, en effet, développés en réaction à des catastrophes humaines: Deuxième Guerre mondiale, guerre en ex-Yougoslavie, génocide rwandais, conflit en Sierra Leone, extermination au Cambodge, entre autres.

Les crimes engageant la responsabilité pénale internationale de l'individu, crimes de guerre, crimes contre l'humanité, crimes de génocide sont constitués d'actes qui dans leur majorité sont des atteintes aux droits fondamentaux de la personne, qui impliquent une dimension collective, tant au niveau de la violation, que sur la plan de la répression. <sup>1075</sup> Dans cette perspective, le Comité des droits de l'homme, dans son *Observation générale N° 29* assimile certaines transgressions avec des crimes contre l'humanité, <sup>1076</sup> mais notons, que lesdits crimes protègent un éventail plus grand de droits, que ceux définis comme indérogeables dans les clauses dérogoires. Il est donc possible de commettre un crime sans pour autant violer un ou plusieurs droits indérogeables. Inversement, les violations de certains droits indérogeables, comme l'interdiction à être emprisonné pour non-remboursement d'une dette contractuelle, ne vont pas entraîner la commission d'un crime. Il faut clairement distinguer la notion de crime de droit international des violations des droits de l'homme et du concept de dérogations illégitimes aux obligations en la matière. Certes, la violation d'un droit ou d'une liberté indérogeable peut générer un crime, mais d'autres considérations entrent en ligne de compte pour que cette relation s'établisse: l'échelle, la gravité et le caractère systématique de la violation. <sup>1077</sup>

---

<sup>1074</sup> La compétence universelle existe traditionnellement pour les crimes de piraterie, d'esclavage, de génocide, ainsi que pour les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et éventuellement pour le piratage aérien, le crime d'apartheid et la torture. Mais rien n'indique qu'il existe un principe coutumier imposant aux Etats de l'exercer, s'ils ne sont pas partie à une convention qui l'exige. Voir à ce sujet, *Affaire Eichmann*, Israël District Court of Jerusalem, 1961 et Surpeme Court of Israel 1962 et *Affaire Pinochet, B.R v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte*, House of Lords, 24 mars 1999.

<sup>1075</sup> « *S'agissant du crime contre l'humanité la Chambre prend en considération qu'il n'y a pas totale équivalence entre la vie de l'accusé et celle de la victime. A la différence du droit commun l'objet de l'atteinte n'est plus la seule intégrité physique de la victime mais l'humanité toute entière.* », *Procureur v. Drazen Erdemovic*, jugement portant condamnation, Affaire IT.96-22, Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de Première Instance, jugement du 29 novembre 1996, § 19.

<sup>1076</sup> Voir le paragraphe 12 de l'Observation générale 29 : « *Pour déterminer quelles sont les limites au-delà desquelles aucune dérogation aux dispositions du Pacte ne saurait être légitime, un des critères possibles se trouve dans la définition de certaines violations des droits de l'homme en tant que crimes contre l'humanité. Si un acte commis sous l'autorité d'un État engage la responsabilité pénale individuelle pour crime contre l'humanité des personnes qui y ont participé, l'article 4 du Pacte ne peut être invoqué pour affirmer qu'ayant agi dans le contexte d'un état d'exception, l'État concerné est dégagé de sa responsabilité en ce qui concerne l'acte en question. Dans cette optique, la récente codification des crimes contre l'humanité, à des fins juridictionnelles, dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale est à prendre en considération lorsqu'on veut interpréter l'article 4 du Pacte.* »

<sup>1077</sup> De plus, les crimes doivent remplir d'autres conditions pour être considérés comme tels, à savoir la présence de l'élément mental (intention et connaissance), ainsi que l'établissement de la responsabilité de l'auteur de la violation.

iii. *Droits de l'homme indérogeables et jus cogens: entre interdépendance et confusion*

La notion de dérogation et le concept d'indérogeabilité sont fréquemment employés de manière à assimiler les droits de l'homme indérogeables et les normes indérogeables appartenant au *jus cogens*.<sup>1078</sup> Quels liens entretiennent exactement les droits de l'homme indérogeables et les normes impératives de droit international général? Cette interrogation revient à saisir la relation, si elle existe, entre impérativité et indérogeabilité en droit international.

« *Most of the cases of jus cogens are cases where the position of the individual is involved.* »<sup>1079</sup>

Plusieurs tendances existent relativement au rapport entre les droits de l'homme et le *jus cogens*, certains considérant qu'aucun droit ne fait encore partie de l'ordre public international,<sup>1080</sup> d'autres acceptant que certains d'entre eux uniquement soient impératifs<sup>1081</sup> et finalement, les tenants d'une impérativité recouvrant l'ensemble des droits de l'homme.<sup>1082</sup> Relevons également le dynamisme de certaines instances régionales et nationales dans la reconnaissance des normes impératives dans le domaine des droits humains.<sup>1083</sup>

---

<sup>1078</sup> « *It is as if human rights were a quintessential part of jus cogens.* », BIANCHI, Andrea, « Human Rights and the Magic of Jus Cogens », *European Journal of International Law*, vol. 19, n°3, 2008, pp. 495

<sup>1079</sup> ORAKHELASHVILI, Alexander, *Peremptory norms in international law*, ..., p. 53

<sup>1080</sup> SUDRE, Frédéric, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, Presses Universitaires de France, 1989, p. 81

<sup>1081</sup> SINCLAIR, Ian McTaggart, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2<sup>ème</sup> Edition Manchester/Dover, Manchester University Press, 1984, p. 217; BROWNLIE, Ian, *Principles of International Law*, 6<sup>ème</sup> Edition, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 503; WHITEMAN, Marjorie M., « Jus Cogens in International Law with a Projected List », *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 7, 1977, pp. 625-626; DOMB, Fania, « Jus Cogens and Human Rights », *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 6, 1976, p.106-107; SCHACHTER, Oscar, « International Law in Theory and Practice », *RCADI*, vol. 178, 1982-IV, p. 339; HIGGINS, Rosalyn, « Derogations under Human Treaties », *British Yearbook of International Law*, 1976-1977, vol. 48, p. 282; DINSTEIN, Yoram, « The erga omnes applicability of Human Rights », *Archiv des Völkerrechts*, vol. 30, 1992, p. 17; TERAYA, Koji, « Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-Derogable Rights », *European Journal of International Law*, vol. 12, n°5, 2001, p. 920

<sup>1082</sup> **Doctrine:** MACDOUGAL, Myres S., LASSWELL, Harold D., CHEN, Lung-chu, *Human Rights and World Public Order, The Basic Policies of an International Law of Human Dignity*, New Heaven et Londres, Yale University Press, 1980, pp. 274 et ss.: « *The UDHR has established customary law, having the attributes of jus cogens.* »; ALSTON, Philip, SIMMA, Bruno, « The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens and General Principles », *Australian Yearbook of International Law*, vol. 12, 1988-1989, pp. 82 et ss.; PARKER, Karen, NEYLON, Lyn Beth, « Jus Cogens: Compelling the Law of Human Rights », *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 12, 1988-1989, p. 441; SOHN, Louis B., « The new International Law: Protection of the rights of Individuals Rather than States », *The American University Law Review*, vol. 32, 1982-1983, pp. 13-14; VERDROSS, Alfred, « Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law », *American Journal of International Law*, vol. 60, 1966, p. 59: « (...) *all rules of general international law created for humanitarian purpose would constitute jus cogens.* »

**Jurisprudence:** *Affaires du Sud-ouest Africain*, Ethiopie v. Afrique du Sud/ Libéria v. Afrique du Sud, 2<sup>ème</sup> phase, fond, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J 1966, 18 juillet 1966, Opinion dissidente du juge Tanaka, p. 298; *Affaire Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Belgique v. Espagne, Recueil, Cour internationale de Justice, C.I.J 1970, fond, arrêt du 5 février 1970, Opinion individuelle du juge Ammoun, pp. 301-304; *Case of Michael Domingues v. United States of America*, Report 62/02, Commission interaméricaine des droits de l'homme, Case 12.285, 22 octobre 2002, §§ 49-50; la *Commission d'arbitrage pour la Paix en ex-Yougoslavie*, *Avis N°1 du 29 novembre 1991 et Avis N°9 du 4 juillet 1992*.

<sup>1083</sup> *Advisory Opinion OC-18/03, Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants*, requested by the United Mexican States, Cour interaméricaine des droits de l'homme, 17 septembre 2003, §100-101, relativement au

Aucun traité en matière de droits de la personne ne fait de référence explicite à la notion de *jus cogens*. Toutefois, la plupart des normes de *jus cogens* élaborées relèvent du domaine des droits de l'homme. Certaines instances ont donné comme principaux exemples de normes impératives, les prohibitions de l'esclavage, de la torture, de la discrimination raciale et le droit des peuples à l'auto-détermination. La seule affaire où la Cour internationale de Justice s'est référée explicitement au *jus cogens*, ce fut en lien avec l'interdiction du génocide.<sup>1084</sup> La Commission de droit international a également fourni des illustrations de normes de *jus cogens* dans le domaine des droits humains.<sup>1085</sup>

L'association réalisée entre droits humains et normes de *jus cogens* n'est pas une pure coïncidence: en effet, les droits de la personne sont moralement et éthiquement chargés et, tout comme les normes de *jus cogens*, ils sont porteurs de valeurs collectivement partagées et visent la sauvegarde d'intérêts communs fondamentaux.<sup>1086</sup>

« *Le domaine des droits intangibles de la personne humaine est sans aucun doute celui où le concept de jus cogens trouve véritablement sa raison d'être.* »<sup>1087</sup>

L'attitude majoritaire fait preuve d'une certaine prudence, seuls certains droits de l'homme auraient acquis une nature impérative, l'accent étant mis sur les règles fondamentales protégeant la dignité humaine, la vie, la liberté personnelle et spirituelle. En définitive, le principe d'indérogeabilité n'a joué qu'un rôle mineur dans les tentatives d'identification des droits de l'homme appartenant au *jus cogens*.<sup>1088</sup> Il ne faut pas exclusivement se baser sur le texte d'un

---

principe d'égalité devant la loi et de non-discrimination; *Case of Goiburú v. Paraguay*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt du 22 septembre 2006, série C, n°153, § 84, disparitions forcées et devoir correspondant d'enquêter et de punir les responsables; *Xuncax v. Gramajo*, District Court of Massachusetts, 12 avril 1995 § 184, interdiction des exécutions arbitraires, des disparitions forcées, de la torture et des détentions arbitraires; *Arrêts Ali Yusuf et Al Barakaat International Foundation Kadi v. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, Affaire T-306/01, Tribunal de première instance, 21 septembre 2005, §§282-289 et *Yassin Abdullah Kadi v. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, Affaire T-315/01, Rec. 2005, Tribunal de première instance, 21 septembre 2005, §§ 235-290, devant la Cour de Justice des Communautés européennes: le caractère impératif du droit de propriété et du droit d'accès à un tribunal est indépendant de la faculté des Etats de pouvoir les restreindre ou les suspendre.

<sup>1084</sup> *Affaire relative aux activités armées sur le territoire du Congo*, République démocratique du Congo v. Rwanda, Compétence de la Cour et recevabilité de la requête, 3 février 2006, p. 27, § 65

<sup>1085</sup> *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, UN Doc A/CN.4/SER.A/1966/Add.1, p. 248

<sup>1086</sup> « *Human rights in particular concern not only states but the whole of civilization. Legal duties are owed by states, not only to their own subjects, but to the international community as well.* », PARKER, Karen, NEYLON, Lyn Beth, « *Jus Cogens: Compelling the Law of Human Rights* »...p. 428

<sup>1087</sup> MACHERET, Augustin, « *Le noyau intangible des droits de l'homme, sources nationales et internationales* »... , p. 43, et l'auteur continue: « *Ces règles expriment des impératifs de la conscience universelle. Elles ont été considérées comme des règles inhérentes à la personne humaine par de nombreuses civilisations et à différentes époques.* »

<sup>1088</sup> Par exemple, le *American Law Institute* a énuméré les droits suivants comme appartenant à la catégorie du *jus cogens*, dans le *Revised Restatement of Foreign Relations Law de 1987*: interdiction du génocide et de l'esclavage/traité des esclaves, interdiction du meurtre et du fait de causer la disparition d'individus, prohibition de la torture et autres traitements cruels, inhumains et dégradants, interdiction de la détention arbitraire prolongée, prohibition de la discrimination raciale systématique. Section 702 (n). Augustin Macheret cite comme droits de l'homme possédant un caractère impératif: l'interdiction de la torture et de l'esclavage, le droit à la reconnaissance de

instrument pour déterminer si une norme est impérative: le *jus cogens* n'est pas supposé être déterminé par une rhétorique spécifique employée dans un texte, ni par l'intention des parties au moment de la rédaction. Comme le souligna Alexander Orakhelashvili, un traité quasi-universel peut refléter un consensus au sujet de l'indérogeabilité de certaines obligations et peut aider à déduire l'impérativité de certaines normes, mais ne peut en aucun cas exclure le caractère impératif des autres normes, car:

« (...) *non-derogability under human rights treaties does not necessarily reflect or prejudice a norm's peremptory character.* »<sup>1089</sup>

Les éléments à prendre en compte pour affirmer le caractère impératif d'un droit et de l'obligation de protection qui en découle sont le contenu de la norme et le caractère collectif de l'intérêt qu'elle vise à protéger. Le droit à un procès équitable, le droit à la liberté et à la sûreté ou la liberté d'expression représentent des droits visant la défense d'intérêts communautaires et, leur statut conventionnel en tant que droits dérogeables et/ou limitables, n'exclut pas l'éventualité qu'ils possèdent une nature impérative.<sup>1090</sup> Le critère d'indérogeabilité constitue un indice de l'impérativité ou de la non-impérativité d'un droit, mais il est nécessaire de ne pas oublier que les listes des droits non-suspendables en période d'urgence varient, ce qui rend complexe l'identification de leur fondamentalité.

L'existence d'un noyau commun tend à renforcer l'idée que les quatre droits indérogeables sont revêtus de l'habit du *jus cogens*, car ils véhiculeraient ce minimum incompressible nécessaire à la garantie de la dignité humaine et, de plus, seraient reconnus et acceptés comme fondamentaux par la communauté internationale dans son ensemble;<sup>1091</sup> ils formeraient un minimum humanitaire.

---

sa personnalité juridique, l'interdiction de toute condamnation arbitraire, la prohibition de l'emprisonnement pour non-exécution d'une obligation contractuelle, la protection des droits de la famille et de l'enfant, le droit à un nom. Il englobe donc droits indérogeables et dérogeables dans un même ensemble. MACHERET, Augustin, « Le Noyau intangible des droits de l'homme, sources nationales et internationales », in MEYER-BISCH, Patrice, (Ed.), *Le noyau intangible des droits de l'homme...*, p. 42

<sup>1089</sup> ORAKHELASHVILI, Alexander, *Peremptory norms in international law...*, p. 58

<sup>1090</sup> Evidemment, le fait qu'un Etat puisse limiter le droit à la liberté d'expression pour la protection d'un but légitime ne signifie pas qu'il peut librement signer un traité avec un autre Etat pour abolir ce droit démocratique fondamental. Cette réflexion peut s'appliquer à tous les autres droits.

<sup>1091</sup> **Droit à la vie**, qualifié de norme impérative: *Affaire Victims of the tugboat « 13 de Marzo » v. Cuba*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Rapport 47/96, case 11.436, 16 octobre 1996, §79; *Affaire Arges Sequeira Mangas v. Nicaragua*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Rapport 52/97, case 11.218, 18 février 1998, § 145; et **son extension à l'interdiction du génocide**: *Affaire Kayishema et Ruzindana*, Affaires ICTR-95-1 et ICTR-96-10, Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre de première instance II, 21 mai 1999, § 88; *Affaire Jelisic*, Affaire IT-95-10, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance I, 14 décembre 1999, § 60 et *affaire Krstic*, Affaire IT-98-33, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance I, 2 août 2001, § 541 et *Affaire relative aux activités armées sur le territoire du Congo*, République démocratique du Congo v. Rwanda, Compétence de la Cour et recevabilité de la requête, 3 février 2006, p. 27, § 65.

**Interdiction de la torture comme norme impérative**: *Procureur v. Anto Furundzija*, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Affaire IT-95-17/1-T, Chambre de première instance II, 10 décembre 1998, §§ 144-147 et

Après d'amples réflexions, il apparaît que cette tendance ne reflète pas les faits: comment accepter que le droit à la vie, droit soumis à des exceptions, qui n'exclut pas totalement la peine de mort, soit une norme de *jus cogens*? Par quelle magie, l'interdiction de la torture, dont la définition et l'emploi ont mené à tant de débats et ont été si souvent manipulés, notamment en lien avec la lutte contre le terrorisme, est-elle devenue une norme impérative? Les tendances idéalistes, qui veulent faire prévaloir des valeurs et aspirations supérieures, ne correspondent pas toujours à la réalité de la vie internationale et à la pratique effective des Etats.<sup>1092</sup> Aucun Etat ne se prévaut officiellement d'avoir recours à la torture ou de mener une politique systématique de privation arbitraire de la vie. L'ensemble des membres de la communauté internationale accepte le concept de *jus cogens*, mais la mise en œuvre concrète du mécanisme d'indérogeabilité en lien avec des normes de *jus cogens* dans le domaine des droits de l'homme se révèle être problématique. La question se pose comme dans le chapitre précédent: n'a-t-on pas voulu accorder au *jus cogens* des conséquences et des effets qui dépassent l'intention initiale existante dans la *Convention de Vienne*? Cette constatation est d'autant plus probante dans le domaine des droits de l'homme.

Certains auteurs considèrent à juste titre que l'approche « droits l'homme indérogeables = normes impératives » est trop simpliste et restrictive et qu'il n'existe donc pas une coïncidence parfaite entre les concepts.<sup>1093</sup> Indérogeabilité et impérativité ne se recouvrent pas, les normes impératives exigeant la réunion d'autres critères formels et matériels qu'une simple indérogeabilité conventionnelle. Le caractère indérogeable d'un droit peut être un indice sur la nature impérative,

---

*Kunarac et consorts*, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance II, Affaire IT-96-23-T, 22 février 2001, § 466; *Affaire Al-Adsani vs. Grande-Bretagne*, Cour européenne des droits de l'homme, Requête 35763/97, 21 novembre 2001, §§ 30-34; *Affaire Bueno-Alves v. Argentine*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, 11 mai 2007, série C, n°164, §76; *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, U.S 9<sup>th</sup> Circuit Court of Appeals, 22 mai 1992, § 717; *In re Estate of Ferdinand E. Marcos Litigation, Trajano v. Marcos*, 9th Circuit Court, 1992; *In re Estate of Ferdinand Marcos Human Rights Litigation, Marcos v. Hilao*, 9th Circuit Court, 1994, *Cabiri v. Assasie-Gyimah*, SDNY, 1996, *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration and others)*, Supreme Court of Canada, 11 janvier 2002, §§ 61-65.

**Interdiction de l'esclavage comme une norme impérative:** Commission du droit international, voir la Codification du droit des traités, *Annuaire CDI*, 1963, vol. II, p. 208; et les cours fédérales américaines: *National Coalition Government of the Union of Burma v. Unocal*, FRD, 1997, *Xuncax v. Gramajo*, *Klock v. Cain*, Court District California, 1993, *Doe v. Unocal*, US Court of Appeal, 9th Circuit, 18 septembre 2002.

**Interdiction des lois pénales rétroactives:** voir *Affaire Tadic*, Affaire IT-94-1, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel, 27 février 2001; aussi *Syracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Right*; *The Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency*; *Etude sur les conséquences pour les droits de l'homme des situations dites d'état de siège ou d'exception*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1982/15, trente-cinquième session, 27 juillet 1982 présentée par le Rapporteur spécial, Mme Nicole Questiaux, p. 19

<sup>1092</sup> Cette réflexion, purement personnelle, s'applique également à l'emploi de la force armée: l'interdiction relèverait du *jus cogens*, mais cela correspond-t-il vraiment à la réalité des faits? Une norme de *jus cogens* devrait-elle accepter des exceptions?

<sup>1093</sup> MAIA, Catherine, « De la signification des clauses de non-dérogação en matière d'identification des droits de l'homme impératifs », ...p. 47: l'auteur renforce cette conviction en citant *l'Observation générale N°29* du Comité des droits de l'homme, qui étend la liste des normes impératives au-delà des droits cités à l'article 4§2 du *Pacte*. (§§ 11 et 14 de *l'Observation*)

tout comme l'interdiction des réserves, des dénonciations, son acceptation générale, la nature criminelle de sa violation ou son caractère *erga omnes*, mais en aucun cas, un facteur exclusif d'identification. Certes, « *l'interdiction formelle de toute dérogation [constitue] un critère objectif permettant d'identifier une règle relevant de l'ordre public de la communauté internationale* », mais cela n'équivaut pas à dire que les droits dérogeables sont exclus d'emblée de ce champ.<sup>1094</sup> Le Comité des droits de l'homme a d'ailleurs soutenu la même idée dans son *Observation générale N°29*:

« 11. L'énumération des dispositions non susceptibles de dérogation figurant à l'article 4 est liée – sans se confondre avec elle – à la question de savoir si certaines obligations relatives aux droits de l'homme revêtent le caractère de normes impératives du droit international. Le fait que certaines dispositions du Pacte soient, au paragraphe 2 de l'article 4, proclamées non susceptibles de dérogation doit être interprété en partie comme une constatation du caractère impératif de quelques droits fondamentaux garantis par traité dans le Pacte (par exemple les articles 6 et 7). Il est évident toutefois que d'autres dispositions du Pacte ont été incluses dans la liste de celles auxquelles il ne peut être dérogé parce qu'elles portent sur des droits dont la dérogation ne peut jamais être rendue nécessaire par la proclamation d'un état d'exception (par exemple, art. 11 et 18). De plus, la catégorie des normes impératives est plus étendue que la liste des dispositions intangibles figurant au paragraphe 2 de l'article 4. Les États parties ne peuvent en aucune circonstance invoquer l'article 4 du Pacte pour justifier des actes attentatoires au droit humanitaire ou aux normes impératives du droit international, par exemple une prise d'otages, des châtiments collectifs, des privations arbitraires de liberté ou l'inobservation de principes fondamentaux garantissant un procès équitable comme la présomption d'innocence. »

Les droits de l'homme sont classifiés en fonction du régime, qui leur est applicable en temps de crise et par conséquent, également au regard du rôle qu'ils assument pendant ces périodes exceptionnelles. Certes, cette constatation vaut aussi pour les normes de *jus cogens*, certaines d'entre elles étant fondamentales pour le maintien du système, en toute situation, mais le *jus cogens* fait référence à un ordre public, à un plafond normatif et ceci, dans l'absolu; le *jus cogens* reflète des aspirations fondamentales, des valeurs nécessaires pour préserver la survie des Etats et de leurs peuples. Les droits de l'homme indérogeables assument des fonctions cruciales, d'où l'impossibilité d'y déroger, mais sont limités à l'existence de circonstances précises: les listes des droits indérogeables constituent des techniques, visant à lutter de manière efficace contre les menaces mettant en péril une nation. Les deux catégories peuvent se chevaucher, mais elles restent distinctes: tous les droits indérogeables ne sont pas automatiquement impératifs et l'étendue du *jus cogens* n'est pas limitée à ces mêmes droits.

---

<sup>1094</sup> SUY, Eric, «Droit des traités et droits de l'homme», in *Völkerrecht als Rechtsordnung, internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte: Festschrift für Hermann Mosler*, Berlin-Heidelberg, Springer, 1983, p. 938. Suy n'arrive pas à cette conclusion et assimile totalement la notion de dérogation utilisée dans le domaine des droits de l'homme et celle existante en lien avec le *jus cogens*.

La question qui se pose à ce stade de la réflexion relève de la rhétorique: pourquoi avoir eu recours au terme de dérogation aussi bien à l'article 53 dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, que dans les traités en matière de protection de droits de la personne, alors que le mot possède une signification différente?

« *Because the respective definitions of non-derogable rights and jus cogens closely parallel one another, the two concepts at initial glance appear to be interconnected.* »<sup>1095</sup>

Cette double utilisation a favorisé une confusion entre les notions, qui a mené à l'assimilation presque automatique d'un droit de l'homme indérogable à une norme de *jus cogens*.<sup>1096</sup> Ce rapprochement a été favorisé par la mise en place d'un champ sémantique similaire pour définir les deux notions, par l'intermédiaire d'expressions telles que normes fondamentales, droits inaliénables, principes essentiels, valeurs collectives, entre autres.

Dans le domaine des droits de l'homme, la faculté de déroger est octroyée par un texte conventionnel et constitue un acte volontaire et unilatéral de l'Etat souverain partie à ladite convention. Cette compétence est strictement limitée et contrainte par l'existence de circonstances extrêmes. Il s'agit d'une mise à l'écart provisoire de la norme, ayant pour objectif de vaincre un péril.<sup>1097</sup> La norme dérogée n'est pas affectée dans son essence, uniquement mise en suspens, et retrouve de ce fait, son application aussitôt le danger écarté. Il n'est pas question de remplacer un ou des droits de l'homme, par des droits moins protecteurs. Certains droits ne peuvent être affectés par la dérogation: le mécanisme d'indérogeabilité apparaît alors dans un contexte précis. Il est une technique juridique conventionnelle, liant les Etats parties à un régime qui énonce explicitement les droits, qui échappent à la compétence dérogatoire. L'indérogeabilité dans le domaine de droits de l'homme n'est qu'une timide brèche à l'approche volontariste, les Etats ayant donné leur consentement à ce que quelques droits possèdent un régime juridique spécial.

Une norme de *jus cogens* ne peut être sujette à une dérogation, selon les termes de l'article 53 de la *Convention de Vienne*; l'application de la norme de *jus cogens* ne peut être écartée, sinon par d'autres règles ayant le même caractère. La dérogation impliquerait une modification de la norme par l'affaiblissement de son régime ou son remplacement par un autre régime. Ce processus conduit à la fragmentation du régime général en régimes restreints, la substitution d'une norme par

---

<sup>1095</sup> SEIDERMAN, Ian D., *Hierarchy in International Law: the Human Rights Dimension...*, p. 275

<sup>1096</sup> « *In the human rights context the notion [of] derogation is typically associated with its conventional law application, specifically as per those rights categorized as non-derogable under the principal general human rights treaties. (...) The temptation inevitably arises simply to graft the principle of non-derogability of treaty-based norms directly onto the jus cogens doctrine.* », SEIDERMAN, Ian D., *Hierarchy in International Law: the Human Rights Dimension...*, p. 67

<sup>1097</sup> « *(...) derogation is made within the system, the continuing operation of a given right is unaffected, it is only temporarily limited.* », ORAKHELASHVILI, Alexander, *Peremptory norms in international law...*, p. 59

une autre moins protectrice, ce qui est interdit par les normes de *jus cogens*. Ce type de dérogation, produit par un acte volontaire, est cependant le résultat d'un accord *inter partes*:

« (...) *but in case of derogation from jus cogens norm by a treaty, derogating states attempt to replace public order norms to make them inapplicable and inoperative inter se, themselves deciding when and how to derogate.* »<sup>1098</sup>

L'indérogeabilité dans le cadre du droit des traités se concrétise au niveau des conséquences: tout accord contraire à une norme impérative est frappé de nullité, car il porte atteinte à une norme véhiculant des valeurs et des intérêts supérieurs. Il est nécessaire de distinguer les normes de *jus cogens* des droits de l'homme indérogeables, afin de ne pas employer le concept de *jus cogens* pour analyser la question des dérogations dans le domaine des droits de l'homme:

« *Since violations of human rights almost always result from unilateral acts of states, rather from international agreement, the non-treaty aspect of the issue is in fact far more important than the treaty aspect. The scheme of violations of human rights is usually both unilateral and internal.* »<sup>1099</sup>

Les clauses dérogatoires octroient la possibilité de déroger unilatéralement à certains droits de l'homme pour défendre la vie de la nation, alors que la théorie du *jus cogens* n'a aucun lien avec l'idée que certaines mesures soient nécessaires pour protéger certains intérêts dans une situation définie et provisoire. La position qui définit le « *jus cogens comme un concept générique (...), le noyau intangible des droits de l'homme représentant une application concrète et plus limitée de ce jus cogens* » n'est aucunement acceptable et encore moins juridiquement justifiée.<sup>1100</sup>

Quelles sont alors les implications issues du *jus cogens* pour le domaine de droits de l'homme? Les Etats ne concluent pas de traités, dont l'objectif est de commettre un génocide, de pratiquer l'esclavage ou la torture, il ne s'agit là que d'hypothèses d'école. L'impact du *jus cogens* sur les accords en matière de droits de l'homme est relativement minime. De même, la coutume internationale naît, se transforme et meurt au gré de la pratique et de *l'opinio juris*, qui ne sont finalement que le reflet fidèle des mœurs dominantes et de la conscience collective. Si dans cinquante ans, l'ensemble des Etats de la planète considère que l'emploi de la torture est légitime pour vaincre une menace, le *jus cogens* ne pourra probablement pas arrêter la tendance de cristallisation de la pratique en règle de droit. Le *jus cogens* possède avant tout une valeur morale et symbolique et sa mise en œuvre effective n'est potentiellement envisageable que dans le cadre du droit conventionnel. Le bien-fondé et l'utilité du *jus cogens* ne sont pas remis en cause, ni

---

<sup>1098</sup> ORAKHELASHVILI, Alexander, *Peremptory norms in international law...*, p. 59. L'auteur affirme que la distinction droits indérogeables- droits dérogeables n'équivaut pas à la distinction *jus cogens-jus dispositivum*.

<sup>1099</sup> OLIVIER, Clémentine, « Revisiting General Comment N°29 of the United Nations Human Rights Committee: about Fair Trial Rights and Derogations in Times of Public Emergency », *Leiden Journal of International Law*, vol. 17, 2004, pp. 408-409

<sup>1100</sup> KATZ, Christian, « Pour la proclamation par la communauté internationale d'un noyau intangible des droits de l'homme »,..., p. 549

d'ailleurs sa reconnaissance au sein de la communauté internationale, ni le fait que certains droits de l'homme appartiennent à cette catégorie.

*iv. Hiérarchie entre le domaine des droits de l'homme et les autres branches du droit international?*

L'absence quasi-totale de pratique des Etats et des tribunaux, qui offrent des éléments démontrant la primauté de certains droits de l'homme sur d'autres règles et principes de droit international incite à émettre des doute sur une prétendue primauté du domaine sur d'autres sphères du droit international. Il n'existe pas de consensus sur le fait que les obligations en matière de droits de la personne, y compris celles relevant du *jus cogens*, priment sur l'immunité souveraine des Etats ou des agents étatiques. Bien que l'interdiction de la torture ait été reconnue comme une règle impérative de droit international, les instances nationales ou internationales n'ont pas systématiquement considéré que les Etats, et leurs représentants, ne jouissaient plus de leur immunité lorsque des allégations de torture furent formulées à leur encontre. La question des immunités souveraines dans des procédures contre un Etat ou un chef d'Etat étranger pour des violations d'obligations en matière de droits de l'homme a été discutée aussi bien devant des juridictions internationales, que devant des instances nationales. Dans la majorité des cas, la juridiction concernée a refusé de contourner l'immunité, même face à une violation alléguée du *jus cogens*, mais quelques cas récents démontrent une certaine confusion à ce sujet, voire même un renversement de la tendance.<sup>1101</sup>

La « *trumping* » valeur des droits de l'homme, qu'ils soient indérogeables ou dérogeables, est moins grande que celle avancée par les défenseurs du domaine, qui considèrent que l'octroi de l'immunité souveraine est inacceptable face à des violations de droits fondamentaux. La règle de l'immunité n'étant pas absolue, elle peut être sujette à des limitations: il ne s'agit pas, en théorie, d'une règle indérogeable. Il reste qu'il est encore difficile de s'appuyer sur le caractère indérogeable des normes relatives à la protection des personnes, pour se libérer de règles prétendument inférieures de droit international. Les droits de l'homme sont pourtant perçus comme des revendications issues d'un ordre juridique normativement et axiologiquement supérieur que celles issues d'autres rapports juridiques. Bien que de nombreuses initiatives tendent à inclure la promotion et la protection des droits de la personne dans les agendas et à renforcer la place privilégiée des droits de l'homme au sein du système juridique international, les défis de la

---

<sup>1101</sup> Voir le chapitre **II. B. 2. c. iii.**

vie internationale contemporaine et la raison d'Etat s'imposent encore dans des nombreuses situations.<sup>1102</sup>

Un autre exemple est offert par le droit de l'extradition, dans lequel le *jus cogens* et la nature indérogeable d'un droit pourraient jouer un rôle en vue d'une plus grande protection des droits de l'homme. On pourrait supposer qu'une convention, qui protège les droits de la personne aura la priorité sur un traité d'extradition, en cas de conflit entre leurs obligations: pourtant, il n'existe que peu de soutien à cette thèse.<sup>1103</sup> De nombreuses dispositions de traités en matière de droits de la personne sont pertinentes relativement aux questions d'extradition et d'expulsion. Un instrument international qui exigerait d'un Etat d'extrader un individu vers un pays, où il risquerait d'être soumis à la torture ou à d'autres violations sévères des droits de l'homme, est incompatible avec la norme qui interdit la torture et d'autres règles à vocation humanisante.<sup>1104</sup> L'obligation de prendre en compte de tels risques est imposée par la *Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, à son article 33§1, dite clause de non-refoulement et par la *Convention sur les Nations Unies sur la torture à son article 3*.<sup>1105</sup> D'autres traités en matière d'extradition ont clairement établi un lien

---

<sup>1102</sup> Voir notamment, *Déclaration du Comité des droits économiques, sociaux et culturels à la 3<sup>ème</sup> Conférence Ministérielle de l'OMC, Seattle, 30 novembre-3 décembre 1999*, UN Doc. E/C.12/1999/9 du 26 novembre. Le Comité invita les Etats à prendre en compte les droits de l'homme lors de l'adoption de leurs politiques économiques et rappela que les domaines de la finance et des investissements ne sont en rien exemptés du respect des obligations en matière de droits de l'homme, § 6. Egalement *Human rights as the primary objective of trade, investment and financial policy*, Sous-commission des droits de l'homme, E/CN.4/Sub.2/RES/1998/12, 20 août 1998, *Effects of structural adjustments policies and foreign debt on the full enjoyment of all human rights, particularly economic, social and cultural rights*, E/CN.4/2000/821, 27 avril 2000 et *Globalization and its impact on the full enjoyment of human rights, preliminary report submitted by Special Rapporteur on Globalization*, E/CN.4/Sub.2/2000/13, 15 juin 2000.

<sup>1103</sup> Dans une affaire soumise à la Cour suprême néerlandaise, il fut rejeté que les obligations issues des traités en matière de droits de l'homme priment automatiquement sur d'autres obligations, mais il fut néanmoins avancé que de telles obligations pouvaient être, dans certaines circonstances, un obstacle à la réalisation d'une autre obligation. *Affaire Short v. The Netherlands*, Cour suprême des Pays-Bas, 30 mars 1990.

<sup>1104</sup> Soulevons que plusieurs Etats ont adopté des lois, qui interdisent l'extradition, s'il existe un risque que les droits de l'extradés soient violés dans le pays receveur, et notamment la Suisse, *Loi sur l'entraide internationale en matière pénale*, 20 mars 1981, article 2, disponible at <http://www.admin.ch/ch/f/rs/3/351.1.fr.pdf>, consulté le 30 janvier 2012, l'Allemagne, l'Autriche, également.

<sup>1105</sup> Notons que la *Convention de 1951 relative au statut de réfugiés* introduit des exceptions au principe, pour des raisons de sécurité nationale, alors que la *Convention contre la torture* énonce le principe de non-refoulement de manière absolue.

«Today it is argued that extradition treaties should not be enforced if enforcement would violate a human rights norm external to the treaty. This argument, premised on the notion that there are certain higher norms in the field of human rights which take precedence over extradition treaties owes its origin to the notion of *jus cogens*...The recognition of certain peremptory norms has served to provide a judicial link between extradition and human rights...», *New Problems, of the international legal system of extradition with special reference to multilateral treaties*, Rapport de l'Institut de Droit International, 1 septembre 1983, Session de Cambridge, pp. 223-224. Le rapporteur Doehring ajouta: «The invocation of the duty to protect human rights should in any case justify non-extradition, in particular where political persecution does not exist and where thus the granting of asylum cannot be based on that ground. » Cette proposition aurait conféré un statut hiérarchiquement supérieur à l'ensemble des droits de l'homme, article III.2 de la Résolution. Voir aussi le *Traité modèle des Nations Unies en matière d'extradition* adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies, *Résolution 45/116*, 14 décembre 1990, article 14§3(f). Egalement, *First Report of the Committee on Extradition and Human Rights, Report of the 66th Conference of the International Law Association*,

entre droits de l'homme et extradition: la *Convention européenne en matière d'extradition*,<sup>1106</sup> la *Convention internationale contre la prise d'otages*<sup>1107</sup> et la *Convention interaméricaine sur l'extradition*<sup>1108</sup>, en autres. L'Institut de Droit International ajoute : « (...) *in cases where there is a well-founded fear of the violation of the fundamental human rights of the accused in the territory of the requesting state, extradition may be refused...*»<sup>1109</sup> L'expression *may be refused* démontre que la décision reste à la discrétion de l'Etat extradant. Les organes internationaux ont affirmé que l'extradition devait être refusée, si des motifs « raisonnables de croire » permettent de conclure que l'extradé est confronté à un risque réel d'être soumis à la torture ou autres traitements inhumains ou dégradants dans le pays receveur. Notons qu'en plus des exigences relatives à la nature réelle du risque et au caractère fondamental des droits menacés, la violation des droits de l'individu doit être une conséquence « prévisible et directe » de la décision d'extrader.<sup>1110</sup> S'il est établi de nos jours, que le risque de torture et autres traitements inhumains ou dégradants représente un obstacle

---

1993 et le *Draft Report of the Committee*, janvier 1993. Egalement, the American Law Institute's Restatement (Third) of the Foreign Relations of the United States, § 476 (h): « [Extradition] should be usually refused if the requested states has reason to believe that extradition is requested for the purposes of persecution...or if there is any substantial ground for believing that the person sought will not receive a fair trial in the requesting state. »

Et l'affaire *Alan v. Suisse*, Comité contre la torture, Communication 21/1995, 31 janvier 1995: «11.2 Pursuant to article 3, paragraph 1, the Committee must decide whether there are substantial grounds for believing that Mr. Alan would be in danger of being subject to torture upon return to Turkey. In reaching this conclusion, the Committee must take into account all relevant considerations, pursuant to article 3, paragraph 2., including the existence of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights. The aim of the determination, however, is to establish whether the individual concerned would be personally at risk of being subjected to torture in the country to which he would return. It follows that the existence of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights in a country does not as such constitute a sufficient ground for determining that a person would be in danger of being subjected to torture upon his return to that country; specific grounds must exist that indicate that the individual concerned would be personally at risk. Similarly, the absence of a consistent pattern of gross violations of human rights does not mean that a person cannot be considered to be in danger of being subjected to torture in his specific circumstances. »

<sup>1106</sup> Articles 3§4 (crimes politiques) et 11 (peine de mort), *Convention européenne d'extradition*, conclue à Paris le 13 décembre 1957.

<sup>1107</sup> Articles 8 (garanties judiciaires et garanties des droits de l'homme) et 9 (motifs pour refuser l'extradition), *Convention internationale contre la prise d'otages*, conclue à New York le 17 décembre 1979.

<sup>1108</sup> Article 4 (causes de refus de l'extradition), notamment l'alinéa 5 : « Lorsque des circonstances entourant l'affaire on peut déduire qu'il existe une intention de persécuter le ou les auteurs de l'infraction pour des considérations de race, de religion ou de nationalité, ou que la situation de l'individu incriminé risque d'être aggravée pour l'une ou l'autre de ces raisons. », *Convention interaméricaine sur l'extradition*, conclue à Caracas le 25 février 1981.

<sup>1109</sup> *New Problems, of the international legal system of extradition with special reference to multilateral treaties*, Rapport de l'Institut de Droit International, 1 septembre 1983, Session de Cambridge, p. 230.

<sup>1110</sup> « 91. En résumé, pareille décision peut soulever un problème au regard de l'article 3 (art. 3), donc engager la responsabilité d'un Etat contractant au titre de la Convention, lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on le livre à l'Etat requérant, y courra un risque réel d'être soumis à la torture, ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. Pour établir une telle responsabilité, on ne peut éviter d'apprécier la situation dans le pays de destination à l'aune des exigences de l'article 3 (art. 3). Il ne s'agit pas pour autant de constater ou prouver la responsabilité de ce pays en droit international général, en vertu de la Convention ou autrement. Dans la mesure où une responsabilité se trouve ou peut se trouver engagée sur le terrain de la Convention, c'est celle de l'Etat contractant qui extrade, à raison d'un acte qui a pour résultat direct d'exposer quelqu'un à des mauvais traitements prohibés. », *Affaire Soering c. Royaume-Uni*, Requête 14038/88, Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt Strasbourg, 7 juillet 1989, § 91; *Chitat Ng v. Canada*, Communication 469/1991, Comité des droits de l'homme, U.N. Doc. CCPR/C/49/D/469/1991 (1994), 5 novembre 1993.

à l'extradition,<sup>1111</sup> cela n'est pas le cas pour la totalité des droits de l'homme, dérogeables ou indérogeables; par exemple, droit à un procès équitable.<sup>1112</sup> Il est, par conséquent, difficile de soutenir qu'il existe une exception générale à l'extradition basée sur un risque éventuel de transgression d'un ou de plusieurs droits de l'homme.<sup>1113</sup> L'extradition a été la plupart du temps considérée comme une restriction légitime au droit.<sup>1114</sup>

La protection des droits de l'homme dans la lutte contre le terrorisme illustre la difficulté d'imposer un respect inconditionnel des obligations en la matière, lorsqu'un Etat est face à un péril qui le menace dans ses fondements. La mise en œuvre des droits de l'homme demeure un exercice complexe et ceci est d'autant plus vrai, lorsque les institutions d'un Etat sont mises à mal. Les gouvernements tendent à donner la priorité à la sécurité nationale et à la défense de leurs citoyens. Un grand nombre d'acteurs ont exprimé leur vive préoccupation relativement à ce problème et les organes des Nations Unies, ainsi que les systèmes régionaux, ont appelé les Etats à respecter les droits de l'homme dans leur lutte contre le terrorisme.<sup>1115</sup> La Cour européenne des droits de

---

<sup>1111</sup> Entre autres: *Affaire Cruz Varas v. Suède*, Requête 15576/89, Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt Strasbourg, 20 mars 1991, §§ 69-70; *Affaire Tomasi v. France*, Requête 12850/87, Arrêt Strasbourg, 27 août 1992, § 115; *Affaire Vilvarajah et autres v. Royaume-Uni*, Requêtes 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 et 13448/87, Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt Strasbourg, 30 octobre 1991, §102; *Affaire Chahal v. Royaume-Uni*, Requête 70/1995/576/662, Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt Strasbourg, 25 octobre 1996, § 96; *Affaire Öcalan v. Turquie*, Requête 46221/99, Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt Strasbourg, 12 mars 2003, §198.

<sup>1112</sup> Même s'il est généralement exigé que des garanties procédurales existent dans l'Etat receveur, voir notamment le *Traité modèle des Nations Unies en matière d'extradition*, 14 décembre 1990, à son article 3(g); *Guidelines on human rights and the fight against terrorism, adopted by the Committee of Ministers on 11 July 2002 at the 804<sup>th</sup> meeting of the Ministers' Deputies*, Directorate General of Human Rights, décembre 2002, article XIII(4). Voir *affaire Drodz and Janousek v. France et Espagne*, Requête 12747/87, Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt, Strasbourg, 26 juin 1992, § 110 et *affaire Soering v. Royaume-Uni*, Requête 14038/88, Arrêt, Strasbourg, Cour européenne des droits de l'homme, 7 juillet 1989, §§ 91-113: « 113. La Cour n'exclut pas qu'une décision d'extradition puisse exceptionnellement soulever un problème sur le terrain de ce texte au cas où le fugitif aurait subi ou risquerait de subir un déni de justice flagrant, mais les faits de la cause ne révèlent pas de tel risque. »

<sup>1113</sup> WYNGAERT VAN DEN, Christine, DUGARD, John, « Reconciling extradition with human rights », *American Journal of International Law*, vol. 92, 1998, p. 206. Ceci fut déjà reconnu dans des affaires précédant l'arrêt Soering: *Affaire Kuzbari v. République Fédérale Allemande*, Commission européenne des droits de l'homme, Requête 1802/62, 26 mars 1963; et une Recommandation du Conseil des ministres du Conseil de l'Europe: *Recommandation n° R(80)9 concernant l'extradition vers les Etats parties à la CEDH*, 27 juin 1980.

<sup>1114</sup> Voir l'*affaire X, Y v. Allemagne*, Requête 7816/77, Commission européenne des droits de l'homme, 19 mai 1977 ; *Affaire X et Y v. Royaume-Uni*, Requête 9369/81, Commission européenne des droits de l'homme, 3 mai 1983.

<sup>1115</sup> Voir, outre le **chapitre IV** sur l'article 103 de la *Charte des Nations Unies*:

- *Resolution adopted by the Commission on Human Rights, UN Doc.E/CN.4/Res/2003/68*, 25 avril 2003 et *Resolution 2004/44*, UN Doc.E/CN.4/2004L.80, 19 avril 2004;
- *Joint Statement by Mary Robinson, UN High Commissioner for Human Rights, Walter Schwimmer, SG of the Council of Europe and Ambassador Gérard Stoudmann, Director of the OSCE for Democratic Institutions and Human Rights*, 29 novembre 2000;
- *Joint Statement issued on 10 December 2001 by 17 Special Rapporteurs and independent experts of the Commission on Human Rights, UN Doc. E/CN.4/2002/75*, Annex IV;
- *Statement by the Committee against torture*, 22 novembre 2001, UN Doc. CAT/C/XXVII/Misc.7 et *Statement of the Committee of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination*, 8 mars 2002;
- Résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies: *A/RES/57/219* du 18 décembre 2002, *A/RES/58/187*, du 22 mars 2004, *A/RES/59/191* du 10 mars 2005. *Report of the Policy Working Group on the UN and Terrorism, submitted*

l'homme a rappelé le devoir de protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales, tout en admettant qu'elle avait conscience de la difficulté pour les Etats de défendre les collectivités contre la violence terroriste.<sup>1116</sup> La « guerre » contre la terreur est susceptible d'affecter de nombreux droits, si les Etats ne prennent pas les mesures nécessaires, afin de limiter l'impact de leurs actions et de concilier des obligations, qui apparaissent, *a priori*, incompatibles, mais qui sont, en définitive, totalement conciliables.<sup>1117</sup> Les droits les plus vulnérables sont:

- le droit à un procès équitable et les autres garanties judiciaires;
- l'interdiction de la torture et des autres traitements ou peines cruels, inhumains ou dégradants;
- le droit à la liberté et à la sûreté;
- les libertés d'expression, de pensée, de conviction et de religion;
- le droit à la vie privée;
- le droit d'asile et la liberté de mouvement;
- le droit à ne pas être discriminé;
- le droit à la propriété.

Les Etats se sentant menacés ont tenté de revisiter l'interprétation de certains droits indérogables: les Etats-Unis ont adopté cette stratégie, notamment en lien avec l'interdiction de la torture. D'une part, l'administration Bush a fourni une définition très stricte de la torture, en la limitant aux actes d'extrême gravité, considérant que la prohibition des autres traitements cruels étaient dérogeables; d'autre part, les Etats-Unis ont affirmé que les droits de l'homme ne s'appliquaient pas en l'espèce, « *the war on terror* », devant être régulée par le droit des conflits armés.<sup>1118</sup> La mise en place des commissions militaires pour juger les terroristes a également entraîné de nombreuses transgressions au droit à un procès équitable et au droit à ne pas être discriminé.<sup>1119</sup> Finalement, la prison de Guantanamo Bay et les pratiques des traitements des détenus furent les points d'orgue de cette politique de déni des droits. En 2001, le Royaume-Uni a adopté le *Anti-Terrorism, Crime and*

---

by the UN Secretary General to the GA, A/57/273, 6 août 2002, A/RES/60/158 du 28 février 2006 et *Global Anti-Terror Strategy*, A/RES/60/288 du 20 septembre 2006;

- Résolutions du Conseil de Sécurité des Nations Unies: 1456 du 20 janvier 2003 et la déclaration ministérielle attachée, 1566 du 8 octobre 2004 au §4 et 1624 du 14 septembre 2005;

- Conseil de l'Europe: *Guidelines on Human Rights and the Fight against Terrorism*, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe, 11 juillet 2002 et *The European Convention on Human Rights, Due Process and United Nations Security Council Counter-Terrorism Sanctions*, Rapport préparé par Iain Cameron pour le Conseil de l'Europe, 2006

- Organisation des Etats Américains: *Resolution on Strengthening Hemispheric Cooperation to Prevent, Combat and Eliminate Terrorism*, Resolution RC.23/RES.1/01, 21 septembre 2001.

<sup>1116</sup> *Affaire Chahal v. Royaume-Uni*, Requête 22414/93, Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt, Strasbourg, 25 octobre 1996, § 78

<sup>1117</sup> Le **chapitre IV** relatif à l'article 103 de la *Charte des Nations Unies* aborder cette question.

<sup>1118</sup> Voir le *Deuxième Rapport Périodique que les Etats parties devaient soumettre en 1999, Examen des rapports présentés par les Etats parties en vertu de l'article 19 de la Convention, Etats-Unis d'Amérique*, Comité contre la torture, 6 mai 2005, CAT/C/48/Add.3 .

<sup>1119</sup> PAUST, Jordan J., « Antiterrorism Military Commissions: The ad hoc DOD rules of procedure », *Michigan Journal of International Law*, vol. 23, 2001-2002, pp. 677-694 et PAUST, Jordan J., « Judicial Power to Determine the Status and Rights of Persons Detained without Trial », *Harvard International Law Journal*, vol. 44, 2003, pp. 503-532

*Security Act*, qui octroie aux autorités des pouvoirs élargis, afin de pouvoir arrêter et détenir des nationaux étrangers, suspectés d'être impliqués dans des activités terroristes et de menacer la sécurité de l'Etat. Bien que ces législations d'exception ne concernent pas directement les droits indérogeables en tant que tels, elles ont pour effet de miner la totalité du système de protection des droits de l'homme et sont susceptibles de mener à des graves dérives, comme nous avons pu le réaliser ces dix dernières années.<sup>1120</sup>

Alors même si les droits de la personne humaine laissent supposer l'existence d'une hiérarchie des normes au sein du système juridique international, basée sur une éthique de la dignité humaine, la pratique ne tend pas à faire prévaloir le *corpus* des droits de la personne sur les principes touchant aux immunités ou sur les règles relatives à l'extradition. La protection des droits de l'homme, bien que devenu un sujet majeur de préoccupation internationale, n'a finalement provoqué qu'un timide impact sur le principe de souveraineté. La coexistence d'un ordre horizontal composé d'Etats égaux et souverains et d'une communauté internationale liée par des valeurs communes est une réalité et ces deux pôles peuvent entrer en conflit, car ils tendent à protéger des valeurs et des intérêts qui peuvent se révéler être incompatibles dans certains cas.

« *On the one hand, human rights norms protect the individuals' inalienable and legally enforceable rights...against State interference and the abuse of power by governments. On the other hand, state immunity norms enable state officials to carry out their public functions effectively (...) and to secure the orderly conduct of international relations.* »<sup>1121</sup>

Le refus d'établir une hiérarchie rigide entre les droits de l'homme ou le domaine et d'autres branches du droit international permet de respecter les principes d'indivisibilité et d'interdépendance, censés caractériser le *corpus*.<sup>1122</sup> Indivisibilité doit être entendue comme signifiant que chaque droit de l'homme permet à l'individu de s'épanouir et contribue à garantir sa dignité. Ici, le conflit n'est pas insoluble, car le fait que le droit international positif ne protège pas tous les droits de la même manière ne s'oppose pas à une application cumulative et

---

<sup>1120</sup> KHAN, Rahmatullah, « The U.S. Military Tribunals to Try Terrorists », *ZAOERV*, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2002, pp. 293-316, [www.zaoerv.de](http://www.zaoerv.de), consulté le 20 mars 2008.

Le Royaume-Uni, contrairement aux USA, a officiellement dérogé à ses obligations en matière de droits de l'homme, (article 9 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*). Voir sur le sujet, *Opinion of the Commissioner for human rights, Mr. Alvaro Gil-Robles, on certain aspects of the United Kingdom 2001 derogation from Article 5 par. 1 of the European Convention on Human Rights, CommDH(2002)7*, Strasbourg, 28 août 2002, <https://wcd.coe.int>, consulté le 17 mars 2008.

<sup>1121</sup> CAPLAN, Lee M., « State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: A critique of the normative hierarchy theory », *American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, p. 772. Voir également, l'affaire *Soering v. Royaume-Uni*, Requête 14038/88, Arrêt, Strasbourg, Cour européenne des droits de l'homme, 7 juillet 1989, § 89: « *En outre, le souci d'assurer un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu est inhérent à l'ensemble de la Convention.* »

<sup>1122</sup> *Proclamation de Téhéran, l'Acte final de la Conférence internationale des droits de l'homme*, Téhéran, du 22 avril au 13 mai 1968, *U.N. Doc. A/CONF. 32/41* Avril- Mai 1968, § 13 et *Déclaration et Programme d'Action de Vienne, Conférence mondiale sur les droits de l'homme, 14-25 juin 1993, A/CONF/157/23*, 12 juillet 1993, § 5

complémentaire de ces derniers; le régime juridique applicable ne présume pas de la nature des droits. De plus, indivisibilité et interdépendance n'empêchent pas de procéder à certaines prioritisations au sein de l'unité des droits fondamentaux, notamment en fonction du contexte et des circonstances.<sup>1123</sup> L'indérogeabilité de certains droits introduit une différenciation entre les droits, mais elle n'équivaut pas à une hiérarchisation, ni du point de vue juridique, ni à un niveau axiologique. Les principes d'indivisibilité et de cohérence impliquent une unité, qui permet une catégorisation des droits, sans établir de hiérarchie entre eux.

### **c. Fonction de rationalisation et de priorisation de l'indérogeabilité**

A la lumière des arguments développés, il ressort qu'indérogeabilité et fondamentalité d'un droit de l'homme ne sont pas des dimensions qui se recoupent automatiquement. Il existe assurément certains points de contact, mais un droit indérogeable n'est pas nécessairement revêtu d'une importance normative accrue en raison du statut juridique qui lui est accordé conventionnellement, comme peut en témoigner la longue liste de droits indérogeables de la *Convention interaméricaine*, liste énumérant des droits ne possédant assurément pas tous une force juridique supérieure; de plus, certains des droits indérogeables sont susceptibles d'être restreints ou sont sujets à des exceptions et à des réserves. Des raisons objectives sous-tendent l'inclusion de ces droits dans la liste des « indérogeables », mais ces raisons sont de nature diverse et ne tendent pas forcément à l'expression de valeurs et d'intérêts collectifs supérieurs.<sup>1124</sup> La frontière, entre les droits sujets aux dérogations et ceux qui ne le sont pas, apparaît alors comme de plus en plus abstraite, aussi bien à un niveau purement matériel, qu'au plan de leur mise en œuvre pratique.

L'indérogeabilité ne posséderait pas de valeur normative intrinsèque propre et il est difficile de soutenir qu'une hiérarchie entre les droits puisse être établie uniquement sur cette base. L'interdiction de dérogation doit, en conséquence, remplir d'autres fonctions. Une première conclusion s'impose: tenter d'établir une hiérarchie normative sur la base du statut juridique accordé à un droit n'est pas logique. Les droits indérogeables ne sont pas les mêmes selon les systèmes de protection et les organes de contrôle ont souligné que les droits fondamentaux ne se limitaient pas à ceux consacrés dans les textes. A défaut de hiérarchiser, l'indérogeabilité permet une catégorisation des droits: elle agirait alors comme une technique juridique conventionnelle visant à l'accommodation du droit aux réalités concrètes. L'indérogeabilité est un moyen de

---

<sup>1123</sup> Point-de-vue qui va à l'encontre de la tendance dominante, qui considère que « *les droits humains sont universels, indivisibles et interdépendants et se renforcent mutuellement, (...) qu'ils doivent être considérés comme d'égale importance et qu'il faut se garder de les hiérarchiser ou d'en privilégier certains.* », *Résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unies 60/251* du 8 mai 2006, Préambule

<sup>1124</sup> Voir **partie III. B. 2. b.**

limiter les impacts néfastes sur la jouissance des droits de l'homme, quand les autorités ne sont plus capables de respecter l'ensemble de leurs obligations. Au lieu que les situations d'exception soient réduites à un état d'anomie, il a été jugé préférable de les réguler. L'indérogeabilité constitue alors la limite ultime de ce que l'Etat est autorisé de faire, lorsqu'il est confronté à une menace d'une extrême gravité.

La tendance à la classification est inhérente au droit. L'indérogeabilité exprime l'idée que quelques droits de l'homme, dans certaines situations définies, doivent bénéficier d'un régime juridique spécial. L'indérogeabilité ne remplit donc pas une fonction différente que celle jouée par les mécanismes de limitations ou d'exceptions, qui servent aussi à moduler les engagements juridiques. Il s'agit de rationaliser un système, dépourvu de pouvoirs centralisés, capables d'établir des priorités. L'indérogeabilité guide les agents et leur fournit un critère d'évaluation de la légitimité et de la licéité de leurs actions et de leurs comportements lors de la survenance d'états d'urgence.

Le domaine des droits humains occupent une place particulière dans le système juridique international. Les droits de l'homme et les libertés fondamentales sont particulièrement vulnérables en période de crise, et de ce constat découle assurément la tendance à la classification décrite ci-dessus. Etablir une distinction entre le régime juridique applicable ne revient pas tant à mettre en place des priorités absolues, mais davantage à développer des stratégies pour faire face aux situations d'urgence, afin de garantir efficacement les droits et en limiter les violations. La possibilité dérogatoire permet de préserver l'état de droit et la cohérence entre les intérêts individuels et les intérêts de la collectivité. La prolifération des droits de l'homme et des instruments qui les consacrent impliquent la nécessité de les classer et de les différencier, ce qui favorise une meilleure appréciation et compréhension de la matière. A nouveau classer ne signifie pas accorder une importance plus grande à certains, au détriment des autres.

#### d. Indérogeabilité et fonction symbolique

« *Human rights norms represent a collective statement of shared values and the converging commitments states to uphold them.* »<sup>1125</sup>

L'avènement des droits de l'homme à l'échelle internationale a consacré la dignité humaine comme une valeur fondamentale et un idéal universel, en tant que motif juridique et moral utilisable pour protester contre tout traitement allant à l'encontre de cette dignité.<sup>1126</sup> De ce fait, l'être humain n'est plus un objet, mais un sujet, capable d'agir; il devient une fin en soi, dont les choix sont à respecter. Les droits de l'homme et les libertés fondamentales dérivent de ce concept de dignité humaine et ne sont pas originellement issus d'une autorité extérieure ou de l'Etat.<sup>1127</sup> Les droits de l'homme constituent d'abord un ensemble de principes moraux, qui ont été introduits par la suite en droit international positif. Il existe plusieurs théories expliquant quelles sont les bases et les justifications des droits de l'homme.<sup>1128</sup>

« *Ils [les droits de l'homme] sont donc une expression objective et normative de la dignité humaine universelle (...) et constituent une véritable norme universelle de référence toujours en formation, à l'aune de laquelle les systèmes politiques doivent être jugés.* »<sup>1129</sup>

Malgré qu'il ne doit être fait un amalgame systématique entre les droits de l'homme indérogeables et le *jus cogens*, la liste des droits ne pouvant être suspendus quelles que soient les circonstances, participe indirectement à l'édification d'une communauté internationale liée par des valeurs collectives, puisqu'il s'agit d'un ensemble de normes, accepté par les Etats, dont le contenu ne peut être limité. Il est juste de penser que d'attacher un « label de qualité » à un droit est une indication probante de la fonction axiologique, qui lui est accordée et constitue un signal fort du fait que toute violation sera durement condamnée.<sup>1130</sup> Les droits indérogeables acquièrent une portée symbolique, qui fut mise en exergue, notamment par le juge Buergenthal qui décrivit ces derniers ainsi:

---

<sup>1125</sup> PROVOST, René, *International Human Rights and Humanitarian Law*, ..., p. 151

<sup>1126</sup> La dignité humaine est reconnue dans plusieurs documents internationaux: le préambule de la *Charte des Nations Unies*, l'Article 10 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, l'Article 5 de la *Convention interaméricaine des droits de l'homme*, l'Article 13 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, le Principe VII de l'*Acte Final d'Helsinki*, La *Déclaration de l'Organisation Internationale du Travail de Philadelphie* du 10 mai 1944, point II. a., entre autres.

<sup>1127</sup> A ce sujet, voir SCHACHTER, Oscar, «Human Dignity as a Normative Concept», *American Journal of International Law*, vol. 77, n° 4, 1983, pp. 848-854

<sup>1128</sup> Voir SHESTACK, Jerome J., «The Philosophic Foundations of Human Rights», *Human Rights Quarterly*, vol. 20, 1998, pp. 201-234 et voir l'introduction de ce chapitre.

<sup>1129</sup> MEYER-BISCH, Patrice, *Le corps des droits de l'homme: l'indivisibilité comme principe d'interprétation et de mise en œuvre des droits de l'homme*, Fribourg, Editions Universitaires, 1992, p. 74

<sup>1130</sup> MERON, Theodor, «On a Hierarchy of International Human Rights», *American Journal of International Law*, vol. 80, 1986, p. 22

« [...] may be deemed to provide an authoritative universal guide for the determination of what are deemed to be the most basic human rights or core rights that any society must protect, irrespective of its ideology or political system. »<sup>1131</sup>

Les droits de l'homme indérogeables assument une fonction qui a trait davantage à leurs poids éthique et moral. Ils ont participé à une humanisation et une moralisation de l'ordre international, dont l'objectif premier semble être désormais la protection de la dignité humaine, thème si cher au Professeur McDougal.<sup>1132</sup> Toutefois, leur efficacité concrète se révèle délicate: les violations des droits indérogeables ne sont en effet pas moins nombreuses que celles perpétrées contre les droits ordinaires. Cette observation révèle la tension que subit le système juridique international, tiraillée entre un modèle fondé, encore, sur la défense des intérêts égoïstes des Etats et un schéma qui tend à le dépasser, par l'imposition de règles contraignantes à ces derniers, règles qui n'exigent pas leur consentement pour être créées ou appliquées. L'indérogeabilité des droits de la personne, tout comme l'indérogeabilité du *jus cogens*, fait écho à des valeurs et à des *policies*, qui ont pris de plus en plus d'importance dans le discours juridique international. Plus qu'une simple fonction juridique, les normes indérogeables et leur rhétorique participent à créer une culture collective, basée sur des préoccupations communes. La politique internationale s'intéresse aux questions humanitaires, qui provoquent des réactions très virulentes, comme en peut en témoigner l'attitude des Etats et des institutions internationales face aux situations en Iran, en Syrie, où les droits de l'homme sont mis à mal.

---

<sup>1131</sup> BUERGENTHAL, Thomas, « The American and European Conventions on Human Rights: Similarities and Differences », *The American University Law Review*, vol. 30, 1980, n°1, p. 165

<sup>1132</sup> MCDUGAL, Myres S., LASSWELL, Harold D., CHEN, Lung-Chu, *Human Rights and World Public Order: the basic policies of an international law of human dignity*, New Haven/ London, Yale University Press, 1980.

## **5. Conclusion: signification de l'indérogeabilité dans le domaine du droit international des droits de l'homme**

A la lumière de l'analyse présentement effectuée, quelle signification peut-on attribuer au concept d'indérogeabilité dans le domaine du droit international des droits de l'homme? Certains droits de la personne ont été expressément désignés comme des droits indérogeables: ils sont placés dans une catégorie distincte des autres droits et peuvent apparaître comme dotés d'une force normative supérieure. Ils constituent une limite fixée conventionnellement au-delà de laquelle aucune dérogation n'est autorisée. Comme démontré précédemment, il n'existe pas de consensus général sur la question de savoir lesquels de ces droits sont indérogeables et pour quelles raisons ils sont classés dans cette catégorie. Les conventions internationales, qui incluent une disposition dérogatoire, diffèrent quant à la liste des droits relevant de cet ensemble.

Les droits de la personne ont été élevés au rang de domaine particulier du droit international. Les Etats, en souscrivant des obligations en la matière, acceptent de conférer des droits à un autre sujet, à savoir l'individu. Les droits de l'homme ont permis de sortir du schéma traditionnel, qui considère le droit international comme un échange réciproque de droits et d'obligations entre des Etats souverains. Les droits de l'homme échapperaient, en partie, à cette volonté souveraine.<sup>1133</sup> Les droits indérogeables seraient une manifestation de cette idée, en droit positif: même lors de périodes de gravité extrême, l'Etat ne peut se soustraire à l'obligation de respecter et de faire respecter certains droits et libertés fondamentales. Bien qu'il ne soit pas le destinataire des droits découlant des engagements qu'il a contractés, l'Etat en reste néanmoins le garant et celui qui met en œuvre et assure la protection des droits.

Les droits indérogeables semblent être plus vitaux, plus fondamentaux et seraient, de ce fait, porteurs de valeurs essentielles, communes à l'ensemble de la communauté internationale. Ceci entraînerait automatiquement une hiérarchisation entre les droits indérogeables et les droits ordinaires. Ces postulats sont des plus séduisants, mais ils ne coïncident pas avec les réalités de la vie juridique internationale. Premièrement, si les droits indérogeables étaient plus importants que les autres droits, comment pourrait-on expliquer, d'une part les divergences entre les listes incluses dans les diverses conventions et textes internationaux, d'autre part l'absence de clause dérogatoire dans d'autres traités? Ces différences démontrent que la sélection des droits indérogeables dépend

---

<sup>1133</sup> Voir le Préambule de la *Convention interaméricaine des droits de l'homme*: « (...) *the essential rights of the man are not derived from one's being a national of a certain state, but are based upon the attributes of the human personality and that they therefore justify international protection.* »

de la sensibilité des rédacteurs, au moment de l'élaboration des traités, universels et régionaux et de l'interprétation qui en est subséquemment faite par les diverses autorités.

Ensuite, comment résoudre le dilemme, issu du fait que certains droits de l'homme indérogeables soient susceptibles d'être dénoncés ou d'être l'objet d'exceptions, de limitations et de réserves? Si les droits indérogeables constituaient un plafond normatif, ils devraient ne pouvoir être restreints d'aucune manière que ce soit. Il devient évident que ces droits ont obtenu leur statut, également en raison d'autres critères que leur importance matérielle. Les régimes de protection ont intégré des considérations extra-juridiques, lorsqu'ils ont désigné certains droits comme non-susceptibles de dérogations: facteurs historiques et expérience régionale; situation économique, sociale et politique; opinion publique et rôle de la société civile; idéologie et culture; temporalité dans l'adoption des conventions. De ce fait, il est difficile d'associer automatiquement fondamentale et indérogeabilité d'un droit, certains droits dérogeables pouvant être tout aussi importants que des droits non sujets aux dérogations.<sup>1134</sup> Un droit dérogeable peut avoir un objet tel, qui lui donne une importance fondamentale. Les quatre droits indérogeables communs aux principales conventions révèlent assurément l'existence d'un consensus quant à l'importance capitale de ces droits, en tant que nécessaires à la préservation de la cohérence du *corpus* et de l'intégrité de ses objectifs. L'opinion émise par Patrice Meyer-Bisch est de ce fait peu réaliste:

*« La non-dérogeabilité est la conséquence de la fondamentale d'un droit de l'homme : tout droit de l'homme dans l'idéal devrait être un jour non-dérogeable. »*<sup>1135</sup>

L'idée de créer une catégorisation rigide des droits de l'homme sur la base du droit de dérogation et de tenter d'établir une distinction entre droits fondamentaux et droits ordinaires en fonction du régime juridique applicable en période d'urgence se doit d'être abandonnée. Certes, il est des droits qui paraissent plus essentiels, sortes de prérogatives élémentaires et inhérents à tout être humain, des droits supra-positifs, mais cette appréciation est hautement subjective et variable, selon l'époque et la région considérées: droit de propriété au XVIII<sup>ème</sup> siècle, interdiction de la discrimination raciale dans les années 1970, liberté d'expression en Occident, droits économiques et sociaux dans les pays communistes, droit des peuples dans le contexte africain, droits politiques sur le continent américain, droits et libertés visant le maintien de l'intégrité physique et psychologique de la personne au XX<sup>ème</sup> siècle. Il s'agit principalement d'une problématique liée à

---

<sup>1134</sup> « *Some observers, including myself, would consider that the right to enjoy an environment free from serious degradation would rank higher than the right to a name. Yet the latter is recognized as non-derogable by the Inter-American Convention on Human Rights, while environmental norms have yet to achieve universal acceptance as rights under positive international law.* », SEIDERMAN, Ian D., *Hierarchy in International Law: the Human Rights Dimension*,..., p. 6

<sup>1135</sup> MEYER-BISCH, Patrice, « Le problème des délimitations du noyau intangible des droits et d'un droit de l'homme »,...p. 110

des valeurs et des principes éthiques, partagés par un certain nombre d'Etats, à une époque déterminée. Il existe aussi des droits qui sont plus urgents, ou qui conditionnent la jouissance des autres droits: droit à une alimentation, droit à un travail, droit à une éducation, droit à la vie. Cette fondamentalité n'a aucun lien avec l'insertion de ces droits dans les clauses de dérogation, l'indérogeabilité n'étant qu'un critère de cette essentialité.

La tendance présente au sein de la communauté « droit-de-l'hommiste » qui considère certains droits comme normativement supérieurs répond à une volonté de consolider la protection internationale des droits et libertés fondamentales.<sup>1136</sup> La recherche d'une hiérarchie en droit international répond également à un souci de rationalisation et de clarification, permettant notamment de résoudre des conflits normatifs éventuels. Classifier les droits de l'homme est davantage un moyen pour les acteurs du système d'établir des priorités, que de leur accorder une valeur différenciée.

L'introduction des droits de l'homme dans le droit international positif conventionnel a transformé les attributs inaliénables et naturels de la personne humaine, en obligations juridiques à la charge des Etats. Il a déjà été dit que ce domaine est spécifique et exceptionnel. L'avènement des droits humains sur la scène internationale a mené à une diminution de l'étendue des compétences exclusives des Etats et conséquemment, de leur souveraineté. Pourtant, les Etats sont encore les agents juridiques principaux, ils créent et appliquent les règles.<sup>1137</sup> Le droit international des droits de l'homme est un ensemble normatif qui repose sur la volonté des Etats: il n'a donc pas mené à une altération complète du droit international. Il n'y pas de droits de l'homme totalement absolus.<sup>1138</sup> La majorité des droits sont en effet qualifiés, caractérisés, soit dans leur définition, soit dans leur champ d'application: droits dérogeables, droits limitables, droits accompagnés de *clawback clause* ou d'exceptions; ils peuvent être de plus sujets aux réserves et comme vu ci-dessus, rien n'empêche un Etat de dénoncer ses obligations en matière de droits de l'homme. Bien que les droits humains puissent primer sur d'autres considérations, il est probable que des intérêts de nature différente surpassent la protection de la dignité humaine et qu'il soit nécessaire de restreindre ces droits, pour maintenir l'ordre et le bon fonctionnement du système. Les Etats ont le

---

<sup>1136</sup> MERON, Theodor, «On a Hierarchy of International Human Rights»,..., p. 22

<sup>1137</sup> «The creation of international legal norms, the obligation to respect the norms promulgated and the weight accorded to those norms has been and remains primarily a matter for determination of states. », SEIDERMAN, Ian D., *Hierarchy in International Law: the Human Rights Dimension...*, p. 294.

<sup>1138</sup> « A right is absolute when it cannot be overridden in any circumstances, can never be justifiably infringed and must be fulfilled without any exceptions. », GEWIRTH, Alex, « Are there any absolute rights? », *The Philosophical Quarterly*, vol. 31, 1981, p. 12

devoir de remplir leurs fonctions souveraines, le mécanisme dérogatoire reflétant cet équilibre fragile entre droits individuels et intérêts de la collectivité.

La protection des droits de la personne s'est réalisée et s'est affirmée sur le plan des rapports interétatiques, par le développement de règles coutumières et de conventions internationales. C'est en tant que technique juridique consentie par les Etats, que l'indérogeabilité se doit d'être appréhendée. Les droits de l'homme indérogeables sont, avant tout, une créature conventionnelle, qui ne devrait lier que les Etats parties au traité pertinent. Les conventions en matière de droits de l'homme sont construites comme tout autre traité international, ils créent des droits et des obligations entre les parties, même s'ils sont porteurs d'intérêts généraux qui peuvent primer, dans certaines circonstances seulement. Au final, l'Etat reste seul à décider: il crée, il applique, il viole. Ici réside toute la problématique des dérogations et des droits indérogeables: il est possible de considérer les dispositions dérogatoires comme une exception au régime applicable, puisque ces dernières sont souvent rapprochées de la théorie des circonstances exceptionnelles. Il n'en n'est rien: la possibilité offerte à un Etat de déroger à certaines de ses obligations n'est que le reflet de la nature intrinsèque du droit international: un droit volontaire et dispositif, certes encadré par des principes, mais auquel il est généralement permis de déroger, sauf en cas de stipulation contraire ou en contravention d'une norme de *jus cogens*. Tout Etat a le droit souverain de protéger ses fondements en cas de danger. Les situations d'urgence ne sont pas si exceptionnelles et traduisent une réalité ordinaire de la vie des Etats.<sup>1139</sup> Les dispositions dérogatoires ne font qu'encadrer la manière dont l'Etat va réagir pour contrer le danger: aucune circonstance, aucune justification ne saurait justifier une limitation au droit, autre que les possibilités expressément prévues par le texte. La possibilité de déroger à certaines obligations juridiques permet « *d'articuler la vie et le droit, l'anomie et le nomos* ». <sup>1140</sup>

Les droits auxquels l'Etat ne peut déroger représentent une exception et un rétrécissement de la portée de la faculté dérogatoire; ils sont une autolimitation que les Etats parties ont accepté de s'imposer, afin que les considérations d'ordre public ne dégénèrent pas en exercice arbitraire du pouvoir.

---

<sup>1139</sup> « (...) *emergency and its associated practices is a far more wide-spread and pervasive aspect of state experience and action than has been generally accepted by legal scholars and political thinkers.* », in GROSS, Oren, AOLAIN, Fionnuala Ní, « Emergency, War and International Law- Another Perspective », *Nordic Journal of International Law*, vol. 70, 2001, p 31; «...*a state of emergency is not deemed to justify a deviation from the normal legal system. The ordinary legal system is presumed to provide the necessary answers to any crisis...*», GROSS, Oren, AOLAIN, Fionnuala Ní, *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 252.

<sup>1140</sup> AGAMBEN, Giorgio, *Etats d'exception*,..., p. 147

« Dans l'esprit des droits de l'homme, sauf exception, tout droit est assorti d'une limite formant un ensemble instable, composé d'un droit et d'une limite à ce droit, puisant sa justification dans la nature collective ou sociale de la protection des droits fondamentaux. Echappent à cette logique de la relativité des droits fondamentaux, certains droits qui intéressent au plus haut degré la dignité de la personne, qui de ce fait, ne sauraient recevoir une limite dont la finalité serait l'équilibre social. »<sup>1141</sup>

L'indérogeabilité dans le domaine des droits de l'homme est un mécanisme qui vise à exclure, dans un contexte spécifique, certains droits de la compétence dérogatoire des Etats. Le concept comporte également une valeur symbolique, axiologique et morale, et ce n'est pas une coïncidence, si le groupe des droits indérogeables se voient associés à des termes, tels que « *most basic human rights, core rights* », noyau dur intangible ou encore droits fondamentaux réservés. Cette dimension influe sur la perception que les acteurs internationaux possèdent de cet ensemble et peut avoir un impact important sur le degré de respect de ces derniers. La rhétorique existante autour de la notion de droits de l'homme indérogeables a un pouvoir d'évocation capable de forcer le consensus social.<sup>1142</sup> L'indérogeabilité n'est pas un concept unitaire, car il est sous-tendu par des facteurs de nature diverse et, de plus, possède des fonctions multiples dans le domaine du droit international des droits de l'homme, à la fois en tant que technique juridique d'exclusion et d'imposition de normes et comme concept à portée symbolique. Il partage certaines fonctions communes avec les normes indérogeables impératives de *jus cogens*, bien que les termes de dérogations et de normes indérogeables impliquent des significations totalement différentes selon le domaine considéré. Il demeure que le concept d'indérogeabilité fait figure d'exception en droit international, en ce qu'il permettrait de dépasser les théories reposant sur le consentement des Etats, comme source unique des règles juridiques. L'indérogeabilité est fréquemment interprétée comme constituant un facteur générant la mise en place d'une prétendue hiérarchie, ou tout du moins une catégorisation normative, au sein de l'ordre juridique international. Elle est, en outre, sous-tendue par des considérations axiologiques, car les normes indérogeables seraient les vecteurs de valeurs collectives participant à l'édification d'une communauté internationale solidaire. Ces similitudes fonctionnelles se retrouvent-elles dans le domaine du droit des conflits armés, branche ancienne du droit international, qui comporte certains points communs avec le droit international des droits de l'homme, mais qui s'en distingue par d'autres aspects? La section suivante a pour objectif, par un examen détaillé du *corpus*, de comprendre les fonctions jouées par l'indérogeabilité en droit international humanitaire, qui est fréquemment présentée comme une caractéristique de l'ensemble des règles applicables aux situations de guerre.

\*\*\*

---

<sup>1141</sup> SERMET, Laurent, « De la carence dans la Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples de la clause de dérogation aux droits de l'homme »,..., p. 392

<sup>1142</sup> BIANCHI, Andrea, « Human Rights and the Magic of Jus Cogens »,..., p. 508

## C. Le droit international humanitaire comme un corpus juridique indérogable, entre le mythe et les réalités de la guerre

« Le droit des gens est naturellement fondé sur le principe, que les diverses nations doivent se faire dans la paix le plus de bien, et dans la guerre le moins de mal qu'il est possible sans nuire à leurs véritables intérêts. »<sup>1143</sup>

### Introduction

Le concept d'indérogeabilité, évoqué en lien avec le droit international humanitaire, semble être d'une nature autre et remplir des fonctions différentes, que lorsqu'il est rattaché aux normes de *jus cogens* ou aux droits de l'homme. Il ne s'agit pas de percevoir quelques normes d'un régime comme indérogables, mais de considérer de manière globale un ensemble juridique du droit international comme n'étant pas sujet aux dérogations. Le droit international humanitaire peut être défini comme:

« The corpus of international rules, established by treaties or custom, which is specifically intended to be applied in international and non-international conflicts. These rules restrict on humanitarian grounds the rights of the parties to the conflict to employ means and methods of warfare of their choice or protect persons and property, which are or could be affected by the conflict. »<sup>1144</sup>

Le DIH représente un domaine ancien du droit international, qui s'est développé progressivement à partir de coutumes, parfois ancestrales, présentes dans toutes les grandes civilisations, qui ont été codifiées au fil des siècles dans des déclarations et des instruments juridiquement contraignants. Le premier code connu, *L'Art de la Guerre* de Sun Tzu, date du VI<sup>ème</sup> siècle avant JC. Depuis l'origine du monde, il est accepté que la guerre, même quand elle était un outil légal de résolution des différends internationaux, se doit d'être régulée et que les belligérants n'ont pas un droit illimité de conduire les hostilités comme bon leur semble : *inter arma silent leges*, selon les mots de Cicéron dans le *Pro Milone*, ne peut être une maxime acceptable, tant au niveau de l'intérêt des belligérants, que pour des raisons purement humanitaires.<sup>1145</sup> Les Etats ne peuvent donc invoquer

---

<sup>1143</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, *De l'Esprit des Loix*, Paris, Flammarion, 1995, Livre I, chapitre III.

<sup>1144</sup> *The Red Cross and Human Rights : Working Documents*, prepared by the International Committee of the Red Cross and the Secretariat of the League of the Red Cross Societies, August 1983

«International rules...which are specifically intended to solve humanitarian problems directly arising from international or non-international conflicts and which for humanitarian reasons limit the right of parties to a conflict to use methods and means of warfare of their choice or protect persons and property that are, or may be, affected by conflict.», PICTET, Jean, «Introduction: International Humanitarian Law, a definition», in *International dimensions of humanitarian law*, UNESCO, Genève/Paris/Dordrecht/Boston, Henry Dunant Institute/UNESCO/Martinius Nijhoff, 1988, p. XIX

Pour un aperçu complet de l'ensemble des conventions en la matière,

voir <http://www.icrc.org/dih.nsf/TOPICS?OpenView>, consulté le 18 mai 2011

<sup>1145</sup> Les écrits de Cicéron démontrent l'existence d'un *jus in bello*, qui impose certaines restrictions aux comportements barbares, notamment dans le *De Officiis*, Livre III.1, mais les Romains étaient davantage connus pour leur attitude belliqueuse, que pour leurs préoccupations humanitaires. Les principes humanitaires occupaient une place plus importante dans la Grèce Antique, voir notamment l'œuvre de Thucydide dans son *Histoire de la Guerre du Péloponnèse*, 6<sup>ème</sup> Ed., Paris, Hachette, 1897. Voir cette proclamation du Secrétaire général des Nations Unies: «At all times in history, mankind has recognised the unavoidable necessity of repressing some forms of violence, which

leur droit à l'auto-préservation pour entièrement se délier de leurs obligations internationales, lors de la survenance d'un conflit. Depuis l'Antiquité, des principes et des standards ont émergé, afin de protéger les droits de belligérants et limiter les souffrances issues des conflits armés. Ce droit s'est logiquement construit sur deux piliers, un ensemble de normes protectrices des individus victimes des ravages de la guerre, normes qui octroient des droits directement aux individus, et un groupe de normes relatives à l'emploi des moyens et des méthodes de la guerre, qui encadrent les droits et devoirs des belligérants.<sup>1146</sup>

Le droit des conflits armés est un ensemble accepté et reconnu de manière quasi unanime, les conventions humanitaires étant largement ratifiées<sup>1147</sup> et de nombreuses normes, issues aussi bien du droit de La Haye que du droit de Genève, appartiennent désormais au droit international coutumier.<sup>1148</sup> Le droit international humanitaire est constitué par des règles et des principes à caractère exceptionnel, car ils ne trouvent application que dans des circonstances « extraordinaires »: la situation de conflit armé.<sup>1149</sup> Il s'agit d'un droit « plancher », dernier

---

*otherwise would threaten the very existence of society as well as that of man himself. There are some means of using. As in every form of human conflict, which must not be used, even when the use of force is legally and morally justified, and regardless of the status of the perpetrator.», United Nations Secretary-General Report: Measures to Prevent International Terrorism which endangers or takes innocent lives or jeopardizes fundamental freedoms and study the underlying causes, UN Doc. A/C.6/418, 2 novembre 1972, pp. 40-41, § 66. Déjà Platon dans *La République* reconnut la nécessité d'une certaine modération dans la guerre, p. 499-501.*

<sup>1146</sup> Cette distinction entre le droit de Genève et le droit de la Haye, droit qui englobe l'ensemble des conventions adoptées lors des conférences de paix de La Haye en 1899 et 1907 et les traités relatifs aux moyens et méthodes de combat, a perduré au fil des siècles, jusqu'à l'adoption du PAI, qui a regroupé les deux catégories en un même instrument juridique. Cette tendance est déjà présente lorsque les règles de La Haye concernant le traitement des prisonniers de guerre ont été incorporées et développées dans la seconde CG de 1929 et dans la CG III de 1949 ; la CG IV de 1949 a également inclus en son sein la plupart des règles de La Haye relatives à l'occupation militaire.

<sup>1147</sup> 194 Etats sont parties aux CG, 171 au PAI et 165 au PA II.

<sup>1148</sup> Lors des procès de Nuremberg, les juges déclarèrent que les Etats avaient bel et bien créé du nouveau droit lors de l'adoption des Régulations de La Haye, mais que « *by 1939 these rules laid down in the Convention were recognized by all civilized nations, and were regarded as being declaratory of the laws and customs of war.* », *Trial of the German Major War Criminals*, 1946, pp. 38-39. Cette approche fut réaffirmée dans l'affaire *United States of America v. Von Leeb (the High Command Case)*, *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law N° 10*, 1950, p. 462. La Cour réaffirmera la nature coutumière des Régulations de La Haye dans l'*Avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J. 1996, 8 juillet 1996, § 79, p. 257 et dans *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J. 2004, 9 juillet 2004, § 89.

<sup>1149</sup> Il existe théoriquement deux types de conflit armé, le conflit armé international (ci-après CAI) et le conflit armé non-international (ci-après CANI). Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a affirmé qu'un CAI existait « *à chaque fois qu'il y a recours à la force entre des Etats.* », *Le Procureur v. Dusko Tadic, Arrêt relatif à l'Appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'Incompétence*, TPIY, IT-94-1-A, arrêt du 2 octobre 1995, § 70. Le CANI existe « *chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre Etats ou un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un Etat.* », *Ibidem*. Le CANI est « *un affrontement prolongé qui oppose les forces armées gouvernementales aux forces d'un ou plusieurs groupes armés, ou de tels groupes armés entre eux, et qui se produit sur le territoire d'un Etat [partie aux CG]. Cet affrontement doit atteindre un niveau minimal d'intensité et les parties impliquées dans le conflit doivent faire preuve d'un minimum d'organisation* ». A ce sujet et pour de plus amples approfondissements sur la définition du conflit armé, voir *Comment le terme de conflit armé est-il défini en droit international humanitaire ?*, Comité international de la Croix-Rouge, Prise de position, mars 2008, disponible at [http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/armed-conflict-article-170308/\\$file/Opinion-paper-armed-conflict-fre.pdf](http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/armed-conflict-article-170308/$file/Opinion-paper-armed-conflict-fre.pdf), consulté le 18 mai 2011

rempart contre la barbarie, qui assure un ordre minimal, lorsque l'état de droit est menacé dans ses fondements et son existence.<sup>1150</sup> Toutefois, la dimension spécifique du DIH ne se limite pas à son champ d'application, mais également à la nature de son régime et la substance de ses normes :

*« (...) Humanitarian law offers a model of completeness and maturity, to which other, nascent branches of the law of human rights can only distantly aspire. Its rules are not guidelines that trespass upon the good nature of governments: they are universal and mandatory rules. Not conditioned by reciprocity, commanding obedience...anyone who violates these rules is liable to sanctions. These rules are not subject to derogation and- as the Vienna Convention on the Law of Treaties expressly provides- the operation of international agreements setting forth such rules cannot be suspended. »<sup>1151</sup>*

Chaque élément de cette citation seront repris dans la suite du travail, mais il en ressort que le droit des conflits armés serait imprégné d'une indérogabilité inhérente, qui a pour conséquence de doter ses règles d'une normativité supérieure. Elles s'imposent aux Etats et aux autres sujets de droit, de manière absolue, sans aucune échappatoire possible: leur application est soustraite à la volonté des belligérants. Les Etats parties aux conventions en la matière ont volontairement consenti à limiter leur liberté. Aucun mécanisme de dérogation, ni d'ailleurs de limitation ou d'exception, permettant aux parties de restreindre ou modifier unilatéralement l'étendue de leurs obligations, n'est intégré dans le corpus. De plus, comme souligné, de nombreuses clauses confèrent des droits aux individus affectés par les conflits. L'Etat n'est plus le destinataire unique des règles et il ne peut retirer la jouissance de ces droits et garanties de protection, une fois qu'il les a consciemment octroyés à d'autres sujets.

Saisir les arguments qui permettent de soutenir une approche, qui perçoit le DIH comme indérogable dans son intégralité, et de les confronter avec l'application effective des principes et des règles du DIH constituent la visée première de cette section. Quelle est la signification de cette indérogabilité qui affecte la totalité d'un régime, quelle est son utilité et de quelle manière est-elle mise en œuvre? Après quelques remarques nécessaires sur les origines et le développement du droit international humanitaire (**partie 2**), seront exposées certaines spécificités qui font de cet ensemble juridique un domaine spécial du droit international (**3**). La quatrième section présentera les fondements juridiques de la prétendue indérogabilité, d'un point de vue général, ainsi que sur la base de dispositions précises. Nous tenterons également de comprendre si cette indérogabilité ne concerne en réalité qu'un nombre restreint de normes. Ce constat mènerait à la conclusion qu'une gradation normative existe au sein même du corpus. (**5**) Les fonctions, tant juridiques que

---

<sup>1150</sup> «It is, however, more realistic to regard humanitarian law as the last lifeline, when nothing else stands between mankind and a relapse into savagery...Humanitarian law is the exceptional regime, which then springs into action to safeguards the most fundamental human values.», BAXTER, Robert Q., « Human rights and humanitarian law-confluence or conflict », *Australian Yearbook of International Law*, vol. 9, 1980, p. 103

<sup>1151</sup> *Ibidem*.

symboliques remplies par l'indérogeabilité en droit des conflits armés, seront examinées dans la sixième section. Cette analyse permettra d'atteindre certaines conclusions, quant à la réalité du droit international humanitaire comme une branche indérogeable : s'agit-il uniquement d'une fiction utilisée pour réaliser certains objectifs promus par la communauté des humanitaristes ou l'indérogeabilité possède-t-elle un rôle concret? Le caractère unique du concept de normes indérogeables issues du droit des conflits armés doit être mis en lumière, ceci en ne négligeant pas ses aspects potentiellement contingents et variables. Nous achèverons le développement en soulignant que, comme dans les piliers précédemment abordés, il a émergé une tendance à élargir la portée et le champ d'application du droit humanitaire, aussi bien par la réitération de certains prononcés jurisprudentiels, que par l'intermédiaire du discours doctrinal, au sein duquel certaines voix sont pourvues d'une autorité incontestée et quasi-inattaquable. Par le biais de stratégies interprétatives, qui diffèrent selon l'instance qui se prononce, le droit international humanitaire peut être lu et mis en œuvre de manières plurielles :

*«Indeed, as strange as it may seem, there is simply more than one law of armed conflict, as enforced by different jurisdictions and as viewed by different participants. Different nations-even in the same coalition- will have signed onto different treaties. Different nations implement and interpret common rules and principles differently.»<sup>1152</sup>*

## **1. Origines et développement du droit international humanitaire: d'un droit interétatique à une humanisation progressive**

Comme mentionné ci-dessus, l'émergence du droit international humanitaire remonte aux temps antiques, la guerre étant une des plus vieilles activités humaines, qui continue à être une réalité de la vie internationale :

*« Wars have been part of the human condition since the struggle between Cain and Abel, and regrettably they are likely to remain so.»<sup>1153</sup>*

Des règles et standards relativement précis se retrouvent dans toutes les grandes civilisations. Ils tendaient à rendre les guerres moins barbares et à faciliter le retour à la paix.<sup>1154</sup> Le Moyen-âge

---

<sup>1152</sup> KENNEDY, David, *Of War and Law*, Princeton, Princeton University Press, 2006, p. 38. David Kennedy insiste sur la différence de perception entre un commandant militaire, un réfugié vivant dans un camp ou un travailleur humanitaire. «*Everywhere, critics outside the military looking at the same rules may lean toward restrictive interpretations, while the military might lean towards greater freedom of manoeuvre.*»

<sup>1153</sup> MERON, Theodor, «The Humanization of Humanitarian Law», *American Journal of International Law*, vol. 94, 2000, p. 240

<sup>1154</sup> En Asie : Bouddhisme, Hindouisme, Taoïsme et Bushido ; Judaïsme, Chrétienté et Islam ; en Afrique, on retrouve une multitude de coutumes dans les diverses tribus. Voir, HERCZEGH, Geza, «Some Thoughts on Ideas that Gave Rise to International Humanitarian Law», *International Law Studies Series US Naval War College*, vol. 71, 1998, pp. 293-298. La majorité des normes avaient pour effet de protéger certaines personnes vulnérables- femmes, enfants, vieillards, combattants désarmés, prisonniers- ainsi que d'interdire certains types d'attaques et prohiber le recours à des méthodes déloyales, comme le poison ou la perfidie. Le Roi Hammourabi de Babylone rédigea le Code d'Hammourabi, pour la protection des faibles contre les forts (1686 avant JC) ; le droit des Hittites comprenait un ensemble développé de règles sur la conduite de la guerre ; le Mahabharata indien et les Lois de Manu incluaient des dispositions qui interdisaient de tuer un adversaire désarmé, prohibait l'emploi de certaines armes, comme le poison et assuraient la protection de la propriété ennemie et des prisonniers de guerre. Les Grecs, lors des guerres entre cités,

représente un moment important dans l'évolution du droit des conflits armés, notamment en raison de l'influence des théologiens européens et musulmans, qui considéraient que le droit et le principe d'humanité devaient influencer la manière de conduire les hostilités.<sup>1155</sup> Les idées d'honneur et de chevalerie, qui continuent d'avoir un impact sur le DIH, se développèrent à partir de la période médiévale, dans l'Europe chrétienne, et ont été un frein à la manière de se battre. Après une brève période de régression du droit de la guerre, notamment en raison de l'invention des armes à feu, de la création d'armées de mercenaires et du peu d'égards envers les civils, cet ensemble juridique trouva un nouvel essor, grâce entre autre, à Grotius, qui encouragea une conception non-discriminatoire de la guerre, dont la « *légitimité dépendra d'une légalité liée au respect de certaines formes entre les belligérants, placés sur un pied d'égalité* ». <sup>1156</sup> L'ère des Lumières permit également une élaboration des principes du DIH : la guerre fut considérée comme une relation juridique entre des Etats, et non entre des individus, ceux-ci devant être épargnés dans la mesure du possible, lorsqu'ils ne participent pas ou plus aux hostilités. De cette affirmation, naquit le principe fondamental de distinction.<sup>1157</sup> La grande période de codification débuta de manière

---

considérait posséder des droits égaux. Dans la guerre menée par Alexandre le Grand contre les Perses, le droit au respect de la vie et de la dignité des victimes était accordé ; de plus, les temples, les ambassades et les prêtres devaient être épargnés et il n'était pas permis d'empoisonner les puits ennemis. Les Grecs et les Romains épargnaient leurs prisonniers de guerre, mais les deux cultures appliquaient ces principes uniquement aux peuples qu'ils considéraient comme civilisés, et non aux barbares. GREENWOOD, Christopher, «Historical Development and Basis», in FLECK, Dieter, (Ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2<sup>nd</sup> Edition, Oxford, Oxford, University Press, 2008, p. 16.

De plus, il existe des règles relatives à la répression des violations et à la responsabilité pénale des auteurs. En 1915, les gouvernements français, anglais et russe annoncèrent au gouvernement turc, suite au massacre commis contre les Arméniens, qu'ils tiendraient les membres du gouvernement turc personnellement responsables pour les nouveaux crimes commis contre l'humanité et la civilisation. Le Traité de Versailles, à ses articles 227 à 230 prévoyait la mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes ayant commis des violations des lois et coutumes de la guerre, ainsi que pour l'Empereur Guillaume, pour tous les actes contraires à la morale internationale et à l'autorité sacrée des traités (article 227). SCHINDLER, Dietrich, « Les voies distinctes de l'évolution du droit international humanitaire et des droits de l'homme », *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, N° 715, 1979, p. 2.

<sup>1155</sup> Les théologiens affirmèrent l'égalité entre les hommes, car ils sont tous créés à l'image de Dieu. Voir notamment Saint-Augustin, *De civitate Dei*, qui est à l'origine de la notion de guerre juste, à savoir une guerre que seule la nécessité rend légitime. Cette nécessité impose des limites à la manière de faire la guerre, mais peut également justifier des massacres, car il arrivait souvent que chacun des belligérants soit convaincu d'avoir une juste cause. Voir aussi Saint-Thomas d'Aquin dans la *Somme théologique*.

Évoquant Grotius et son apport au droit de la guerre, Draper affirme: «...Grotius' sense of outrage is rooted in its Christianity, and its traditional aversion from that lust for killing and destruction...Inherent in it are the Christians ideals of justice, love and mercy...Christian values, shared by other religions, lies in the basis of contemporary compassion for all human suffering, the desire to reduce it, which in its turn, the core of our secular humanitarianism of today. », DRAPER, G.I.A.D., «The Development of International Humanitarian Law», in *international dimensions of humanitarian law*, UNESCO, Genève/Paris/Dordrecht/Boston, Henry Dunant Institute/UNESCO/Martinius Nijhoff, 1988, p. 68.

<sup>1156</sup> TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Histoire du droit international public*,..., pp. 60-61. Hugo Grotius fut un des premiers internationalistes à développer de manière détaillée le *jus in bello*: il a participé grandement à l'humanisation du DIH, introduisant des *temperamenta dans la manière de faire la guerre*. La guerre et la violence ne sont pas des fins en soi, mais des moyens : il est permis uniquement d'effectuer les actions nécessaires aux buts de la guerre. GROTIUS, Hugo, *Le droit de la guerre et de la paix (Traduction par P. Pradier-Fodéré)*, édité par D. Alland et S. Goyard-Fabre, Paris, Presses Universitaires de France, 1999, Livre III.

<sup>1157</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Du Contrat Social*, Livre I, Chapitre IV, Paris, Didier, 1834 : « *La guerre n'est point une relation d'homme à homme, mais une relation d'État à État, dans laquelle les particuliers ne sont ennemis*

systematique au XIX<sup>ème</sup> siècle: c'est en effet à ce moment que la guerre changea de nature, « *from the interpersonal dynastic, and religious struggles of an aristocracy to the public struggles of a nation- a citizens' army, the army of the republic* ». La guerre devint dès lors une affaire publique, un instrument de la politique des Nations. La guerre se transforma en un moyen rationnel pour les Etats de poursuivre leurs objectifs et défendre leurs intérêts.<sup>1158</sup>

Il est indéniable que le droit international humanitaire a été originellement pensé comme un droit interétatique, fondé sur des relations contractuelles, la guerre étant perçue comme un rapport juridique entre des Etats ou entités souveraines. Le DIH protège en premier lieu les droits des Etats et régule leurs obligations. Cette branche du droit international repose, dès sa conception, sur un compromis entre la nécessité militaire et le principe d'humanité, mais cet équilibre a varié selon les époques, et ce n'est réellement qu'à partir du XIX<sup>ème</sup> siècle, que les considérations humanitaires ont pris progressivement l'ascendant sur les intérêts stratégiques des belligérants.<sup>1159</sup>

« (...) Pour la première fois, une idée morale touchant à la personne humaine entrait dans la sphère des intérêts d'Etats, à part les dispositions prises par le Congrès de Vienne sur la traite des noirs...Aussi, la Convention de Genève opéra-t-elle une véritable révolution puisque, pour la première fois, les Etats acceptèrent de limiter le recours à la force à l'égard de certaines personnes.»<sup>1160</sup>

---

*qu'accidentellement, non point comme hommes, ni même comme citoyens, mais comme soldats (...). La fin de la guerre étant la destruction de l'Etat ennemi, on a le droit d'en tuer les défenseurs tant qu'ils ont les armes à la main ; mais sitôt qu'ils les posent et se rendent, ils cessent d'être ennemis ou instruments de l'ennemi, ils redeviennent simplement hommes et l'on n'a plus de droit sur leur vie. »* Vattel, déjà avant Rousseau, suggéra qu'une fois l'ennemi désarmé et aux mains de l'ennemi, personne n'a le droit de lui ôter la vie : les prisonniers de guerre sont des individus « innocents ». VATTEL, Emerich, VATTEL, Emer de, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Genève, Slatkine Reprints, Henry Dunant Institute, 1983, Livre III, Chapitre VIII, p. 50, § 149.

Le principe de distinction fut finalement codifié dans le PA I de 1977, à son article 48 : Règle fondamentale « *En vue d'assurer le respect et la protection de la population civile et des biens de caractère civil, les Parties au conflit doivent en tout temps faire la distinction entre la population civile et les combattants ainsi qu'entre les biens de caractère civil et les objectifs militaires et, par conséquent, ne diriger leurs opérations que contre des objectifs militaires.* » Et l'article 13 du PA II.

<sup>1158</sup> KENNEDY, David, *Of War and Law...*, pp. 57-58. *Le Code Lieber* ou *Instructions de 1863 pour les armées en campagne des Etats-Unis d'Amérique* du 24 avril 1863 (ci-après Code Lieber), bien que visant la régulation d'un conflit civil, la Guerre de Sécession, est considéré comme le premier instrument juridiquement contraignant codifiant un droit moderne des conflits armés. Le droit de la guerre contemporain ne se développe réellement qu'avec l'apparition du système étatique : il fut, en premier lieu, formulé dans les ordonnances ou les règlements édictés par les Etats pour leurs armées. SCHINDLER, Dietrich, « Les voies distinctes de l'évolution du droit international humanitaire et des droits de l'homme »,...

<sup>1159</sup> Adoption de la première CG en 1864, création du CICR et première apparition de la Clause de Martens dans un instrument contraignant, avec la Convention de La Haye IV de 1907 et son Préambule. Quelques dispositions de la Convention IV visaient la protection des civils, mais elles étaient peu nombreuses et concernaient majoritairement les situations d'occupation. (Articles 24-27) *Le Code Lieber* incluait des dispositions humanisantes : l'interdiction du viol (article 47), la prohibition de l'esclavage (article 43), l'affirmation du principe de non-discrimination de traitement des prisonniers ennemis pour des motifs liés à la couleur (articles 57-58), ainsi qu'une disposition préfigurant l'interdiction des déportations et des transferts forcés des populations (article 23), que l'on retrouvera clairement établie dans les CG.

<sup>1160</sup> PICTET, Jean, « La Croix-Rouge et les Conventions de Genève », *RCADI*, vol. 76, 1950, p. 30 et p. 34 : il fait référence dans ce passage à la CG de 1864.

Le principe d'humanité s'étend à la protection de l'ensemble des acteurs impliqués dans les conflits. Le droit humanitaire commence à imposer des contraintes sur la conduite des belligérants, dans le but de limiter les souffrances humaines : les civils bénéficient de toujours plus de protection et le droit de tuer son ennemi n'est plus absolu. L'individu est passé du statut d'objet du DIH à celui de réel sujet, jouissant de droits et soumis au respect des règles, sous peine d'engagement de sa responsabilité pénale au niveau international.<sup>1161</sup> Cette humanisation progressive du droit des conflits armés, qui se reflète aussi bien dans le contenu des normes que dans le langage employé, a été favorisée par l'importance croissante des droits de l'homme, ainsi que par les changements intervenus dans la nature des conflits armés: la majorité des guerres n'oppose plus des Etats souverains, mais il s'agit d'affrontements entre des Etats et des groupes d'individus, ou entre des groupes. Finalement, l'évolution technologique a rendu les conflits extrêmement meurtriers et ont étendu leurs effets à l'ensemble des populations. Pour ces raisons:

*« The revision of the Law of War has now been seen through the perspectives of Human Rights. International Humanitarian Law, the expression, in Law, of a contemporary international morality based upon the essential value of the human being, transcends war and peace. »<sup>1162</sup>*

Le principe d'humanité et ses exigences fondamentales deviennent les éléments centraux du DIH, guidant l'ensemble de la codification: Convention de Genève IV sur la protection des civils, l'article 3 commun, les PA I et II,<sup>1163</sup> la notion de crimes contre l'humanité, la mise en place d'une compétence universelle pour les infractions graves des CG sont tous des indicateurs, qui démontrent une intention de dépasser le niveau interétatique pour atteindre les vrais bénéficiaires de la protection humanitaire, à savoir l'individu ou les groupes d'individus.<sup>1164</sup> Le fait que les termes de droit de la guerre et de droit des conflits armés aient été remplacés au cours du XX<sup>ème</sup> siècle par celui de droit international humanitaire est révélateur : ce changement lexical a mené à une réorientation des priorités de ce domaine.<sup>1165</sup> L'objectif de ce droit fut défini dans la

---

<sup>1161</sup> La CG relative aux prisonniers de guerre de 1929 a permis la reconnaissance des droits individuels en employant le terme de «droit » dans plusieurs dispositions : articles 41, 42, 62, 64. Puis, par exemple, l'article 7 de la CG III de 1949: « *Les prisonniers de guerre ne pourront en aucun cas renoncer partiellement ou totalement aux **droits que leur assurent la présente Convention...*** » De plus, les CG I et III permettent aux individus d'invoquer leurs droits directement à l'encontre de l'autorité détentrice, sans devoir faire intervenir leur Etat national. Et aussi : les articles 5 de la CG III, 5 et 27 de la CG IV emploient les termes de droits et privilèges ; les articles 11, 45 et 75 du PAI incluent les notions de droits et de garanties dont doivent jouir les individus.

<sup>1162</sup> DRAPER, Gerald I.A.D., «The Ethical and Juridical Status of Constraints in War», *Military law Review*, vol. 55, 1972, p. 184.

<sup>1163</sup> Notamment, les articles 50 à 56 du PAI concernant la protection des civils.

<sup>1164</sup> ABI-SAAB, Georges, « The Specificities of Humanitarian Law », in SWINARSKI, Christophe, (Ed.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Comité International de la Croix-Rouge/ *Studies and essays on international humanitarian law and Red Cross principles in honour of Jean Pictet*, International Committee of the Red Cross, Genève, Comité International de la Croix-Rouge, La Haye, Martinus Nijhoff, 1984, p. 269

<sup>1165</sup> D'un accord entre des armées, le DIH est devenu majoritairement un droit de protection des innocentes victimes des hostilités. BENVENISTI, Eyal, « Human Dignity in Combat : The Duty to Spare Enemy Civilians », *Israel Law Review*, vol. 39, 2006, p. 81

Déclaration de Saint-Petersbourg en 1868, à savoir « *atténuer autant que possible les calamités de la guerre* ». <sup>1166</sup>

Malgré ce processus, le DIH reste un droit, créé et appliqué prioritairement par les Etats, et qui, par conséquent, dépend encore de leurs préoccupations sécuritaires et de leurs intérêts. <sup>1167</sup> L'exemple des armes nucléaires, qui ne font pas l'objet d'une interdiction spécifique en DIH, alors qu'il est accepté, que leur emploi va à l'encontre de tous les principes du droit des conflits armés, illustre le fait que relativement à certains sujets politiquement sensibles, l'égoïsme étatique l'emporte sur les considérations humanitaires. <sup>1168</sup> Le droit humanitaire est traversé par des courants contraires. Il est d'ailleurs défini par la relation dialectique qu'entretiennent les deux forces à la base de celui-ci : nécessité militaire et humanité. <sup>1169</sup> Le réflexe de souveraineté et les intérêts nationaux forment toujours des barrières à l'application du droit humanitaire et l'écart entre normativité et réalité est encore important. <sup>1170</sup> Les réserves formulées par un certain nombre d'Etats lors de la ratification du PA I démontrent que les Etats désirent conserver leurs pouvoirs et prérogatives. <sup>1171</sup>

---

<sup>1166</sup> *Déclaration à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre*, Saint-Petersbourg, 11 décembre 1868

<sup>1167</sup> « *The coinage of IHL is liable to create the false impression that all rules that govern hostilities are- and have to be-truly humanitarian in nature, whereas in fact not a few of them reflect the countervailing constraints of military necessity.* », DINSTEIN, Yoram, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 13-14

<sup>1168</sup> Pour une condamnation de l'emploi des armes nucléaires, comme une arme violant les principes essentiels du droit humanitaire, voir les opinions dissidentes, notamment des juges Weeramantry et Shahabuddeen, dans l'*Avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J. 1996, 8 juillet 1996. Pour une vision opposée voir l'opinion individuelle du juge Fleischhauer, p. 86 : « *Il en résulte donc que, même si l'emploi d'armes nucléaires n'est guère conciliable avec le droit humanitaire applicable dans les conflits armés et avec le principe de neutralité, leur utilisation peut rester une possibilité légale dans une circonstance extrême de légitime défense individuelle ou collective où la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait l'ultime recours contre une attaque menée au moyen d'armes nucléaires, chimiques ou biologiques ou de toute autre manière menaçant l'existence même de l'Etat attaqué.* » Et l'opinion du juge Guillaume, p. 68 : « *L'article 51 de la Charte ajoute qu'aucune disposition de la Charte ne porte atteinte à ce droit. Il en est de même à fortiori du droit coutumier ou du droit conventionnel. Cette solution s'explique aisément, car tout système de droit, quel qu'il soit, ne saurait priver l'un de ses sujets du droit de défendre sa propre existence en assurant la sauvegarde de ses intérêts vitaux. Dès lors, le droit international ne peut priver un Etat du droit de recourir à l'arme nucléaire si ce recours constitue l'ultime moyen par lequel il peut assurer sa survie. En pareille hypothèse, cet Etat bénéficie d'une sorte d'«excuse absolutoire» analogue à celle qui existe dans tous les systèmes de droit pénal.* »

<sup>1169</sup> « *The laws of warfare amount to a checks-and-balances system intended to minimize human suffering without undermining the effectiveness of military operations.* », DINSTEIN, Yoram, « *The Reform of the Protection of Human Rights during armed conflict and period of emergency and crisis* », in *The reform of international institutions for the protection of human rights...*, p. 346

<sup>1170</sup> KIWANUKA, Richard N., « *Humanitarian Norms and Internal Strife : Problems and Prospects* », in SANDOZ, Yves, KALSHOVEN, Frits, (Eds.), *Implementation of International Humanitarian Law : research papers by participants in the 1986 Session of the Centre for Studies and Research in International Law and International Relations of the Hague Academy of International Law/Mise en œuvre du droit International Humanitaire : travaux de recherche des participants à la session de 1986 du centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales de l'Académie de droit international de La Haye*, Dordrecht/Boston, Martinus Nijhoff, 1989, p. 261

<sup>1171</sup> Pour une liste des réserves, voir <http://www.icrc.org/dih.nsf/WebSign?ReadForm&id=470&ps=P> et <http://www.icrc.org/dih.nsf/WebSign?ReadForm&id=475&ps=P>, consultés le 30 mai 2011

« *The tremendous progress in the humanization of the law of war brings into sharp relief the stark contrast between promises made in treaties and declarations and the rhetoric often accompanying their adoption, on the one hand, and the harsh, often barbaric practices actually employed on the battlefield.* »<sup>1172</sup>

## **2. Une indérogabilité inhérente? Caractéristiques et traits distinctifs du droit international humanitaire**

Le droit international humanitaire est doté de certains attributs, qui peuvent en partie justifier les théories, soutenant qu'il forme un domaine entièrement indérogable. Comme déjà précisé, le droit des conflits armés ne contient pas en son sein de mécanisme de dérogations ou de limitations : le droit humanitaire s'applique dès le déclenchement d'un conflit armé, en tout lieu, en tout temps et à toutes les entités impliquées. Ceci est expliqué par son champ d'application matériel : il s'agit d'un ensemble de règles juridiques visant à réguler des situations, dans lesquelles le système juridique est en péril. Tout le paradoxe du DIH se situe dans la contradiction fondamentale entre le droit, qui représente l'ordre, et la guerre, qui elle, constitue une rupture de cet ordre : « *To humanize war, is like to trying to humanize hell.* »<sup>1173</sup>

Il existe par conséquent un régime qui réglemente et autorise des actes, qui sont normalement en contravention du droit. Le fondement même du droit humanitaire se trouve en dehors de la sphère juridique, puisque la guerre en tant que telle, constitue une pratique hors-la-loi, ceci depuis l'adoption du *Pacte Briand-Kellogg* en 1928.<sup>1174</sup> La branche du droit à laquelle s'intéresse cette section forme un ensemble dérogoire aux normes ordinairement applicables, mais jouit simultanément d'une forme d'indérogabilité spécifique.

### **a. Fondements extra-juridiques du droit international humanitaire**

Le droit des conflits armés, et ceci depuis ses premières manifestations et expressions juridiques, repose sur des fondements qui trouvent leurs origines dans une certaine philosophie, qui impliquent que les belligérants fassent preuve d'une certaine modération dans la conduite des hostilités et que les victimes innocentes bénéficient d'une protection contre les effets des conflits.

---

<sup>1172</sup> MERON, Theodor, *The Humanization of International Law...*, p. 85. Il parle du triomphe de l'humanisation du DIH au niveau de la rhétorique, mais il émet des doutes quant à sa matérialisation sur le plan pratique.

<sup>1173</sup> Commentaire fait par Sir John Fisher, First Lord de l'Amirauté britannique, en 1907 lors de la Conférence de La Haye, cité par PICTET, Jean, *Development and principles of humanitarian law : Course given in July 1982 at the University of Strasbourg as part of the courses organised by the Institute of Human Rights, Dordrecht/Boston/Geneva, Martinus Nijhoff/Henry Dunant Institute, 1985*, p. 62

<sup>1174</sup> MEYROWITZ, Henri, « Réflexions sur le fondement du droit de la guerre », in *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge/Studies and essays on international humanitarian law and Red Cross principles, en l'honneur de/in honour of Jean Pictet*, Genève/La Haye, CICR/Martinus Nijhoff, 1984, p. 419 ; *Pacte Briand-Kellogg* ou *Pacte de Paris*, 27 août 1928. Jean Pictet décrit le droit des conflits armés comme le « droit du non-droit ». PICTET, Jean, *Development and principles of humanitarian law...*, p. 81

La moralité et l'éthique ont toujours fait partie intégrante du *jus in bello*, notamment avec les principes de chevalerie, de bonne foi, ainsi qu'avec l'instillation de valeurs religieuses dans le discours juridique relatif à la guerre. Le processus d'humanisation du DIH n'a fait que confirmer qu'il s'agit bien d'un corpus juridique dont les racines ne sont pas uniquement juridiques. Ses sources sont à rechercher dans ce qui est perçu comme nécessaire à la préservation de la dignité humaine, ainsi dans ce qui est honorable et civilisé de faire ou ne pas faire pour un soldat. Le principe de civilisation a exercé une influence sur l'ensemble de la codification du droit international. La majorité des conventions et instruments insèrent, le plus souvent dans leur préambule, une référence aux usages et coutumes des nations civilisées.<sup>1175</sup> Parallèlement, le droit de la guerre a été formulé de façon réaliste, en prenant en compte les considérations militaires et stratégiques. Il permet des actions, qui se révèlent être nécessaires pour gagner la bataille. Le DIH véhicule des valeurs, qui peuvent entrer en collision, mais qui sont censées être réconciliées par les règles en la matière. La vision des gouvernements et des armées, qui perçoivent le DIH comme un accord entre des troupes ennemies, indispensables pour accommoder les nécessités de la guerre avec les lois de l'humanité et les exigences des nations civilisées, s'oppose à une tendance des acteurs humanitaires, également soutenue par certaines instances juridictionnelles spécialisées, de ne voir le droit humanitaire uniquement comme l'affirmation la plus éclatante de la solidarité humaine.<sup>1176</sup> Néanmoins, la dimension axiologique du droit des conflits armés permet de soutenir qu'il constitue un domaine particulier, traversé par des aspirations et idéaux spécifiques, ce qui le distingue des autres branches et qui lui permet de dépasser le paradigme traditionnel sous-tendant l'ordre juridique international : ses racines extra-juridiques en font un droit, dont la force contraignante ne dépend pas uniquement du consentement des Etats.

---

<sup>1175</sup> Voir le *Code Lieber*, qui mentionne de multiples fois les notions de nations et de peuples civilisés et les exigences de la civilisation ; la Déclaration de Saint-Petersbourg de 1868 également ; la *Convention (II) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, La Haye, 29 juillet 1899 ; la *Convention de La Haye IV concernant les lois et les coutumes de la guerre sur terre*, du 18 octobre 1907. Rappelons la Clause de Martens, sur laquelle nous reviendrons en détails dans la **section III. C. 5. a.** ci-après, est déjà incluse dans le Préambule de la *Déclaration de Saint-Petersbourg de 1868* et dans le *Règlement annexé à la Convention de La Haye IV concernant les lois et les coutumes de la guerre sur terre*, du 18 octobre 1907, Préambule, al. 8 : « *En attendant qu'un Code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par Elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique.* »

<sup>1176</sup> BENVENISTI, Eyal, « Human Dignity in Combat: The Duty to Spare Enemy Civilians »..., p. 82

## b. Le DIH comme un droit non-synallagmatique et extra-conventionnel

Il peut sembler inutile d'aborder la nature extracontractuelle du droit international humanitaire, au vu de la ratification quasi-universelle des traités en la matière. Toutefois, et même si certains tentent d'étendre le champ d'application du DIH, notamment en soutenant que la majorité des normes contenues dans les conventions possèdent une valeur coutumière, il paraît important de comprendre si ce domaine représente plus qu'un simple engagement conclu entre des Etats. En tant que corpus qui octroie des droits et des obligations à différents sujets, et notamment aux individus, il est davantage qu'un simple contrat créant des relations synallagmatiques.<sup>1177</sup>

*«En prenant d'emblée l'engagement de respecter les clauses du traité, les Parties contractantes montrent bien le caractère particulier que revêt la Convention. Il ne s'agit pas d'un contrat de réciprocité, qui lie un Etat avec son cocontractant dans la seule mesure où ce dernier respecte ses propres obligations, mais plutôt d'une série d'engagements unilatéraux, solennellement assumés à la face du monde représenté par les autres Parties contractantes. Chaque Etat s'oblige aussi bien vis-à-vis de lui-même que vis-à-vis des autres. Le motif de la Convention est tellement supérieur, il est si universellement reconnu comme un impératif de la civilisation, qu'on éprouve le besoin de le proclamer, autant et même plus pour le respect qu'on lui porte que pour celui que l'on attend de l'adversaire.»<sup>1178</sup>*

Les normes du droit international humanitaire, de par leurs fins, qui transcendent les intérêts égoïstes des Etats, acquièrent alors une valeur objective et lieraient les sujets au-delà du simple cadre conventionnel. Les Etats non-parties aux traités internationaux en la matière, ainsi que tout autre sujet, seraient également juridiquement contraints. L'application du DIH est déliée de toute considération de calcul : il ne s'agit pas d'un échange. Les Etats souscrivant aux conventions humanitaires, s'engagent envers tous les autres contractants, de manière absolue, solennelle et unilatérale, de respecter en toutes circonstances, et ceci même sans action réciproque de la part des autres Etats, les règles et principes qu'ils considèrent comme vitaux.<sup>1179</sup> Cette affirmation est toutefois fortement remise en question par l'existence dans les traités internationaux de clauses de dénonciation et de la possibilité de formuler des réserves, ainsi que par l'opposition farouche des Etats à la nature coutumière de certaines règles.<sup>1180</sup>

---

<sup>1177</sup> Droit [En parlant d'un contrat, d'une convention; par opposition à *unilatéral*] dans lequel chaque partie s'oblige vis-à-vis de l'autre. *Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose (...). Le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres* (Code civil, 1804, art. 1101-1102, p. 200). <http://www.cnrtl.fr/definition/synallagmatique>, consulté le 2 juin 2011

<sup>1178</sup> *Commentaire de l'article 1 commun aux CG de 1949*, disponible at <http://www.icrc.org/dih.nsf/COM/365-570004?OpenDocument>, consulté le 2 juin 2011. Voir également la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, notamment, *affaire Procureur v. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo, Camp de Celebici*, IT-96-21-T, Chambre de première instance, jugement du 16 novembre 1998, § 263 : « *Le Commentaire de la IV<sup>ème</sup> Convention de Genève nous impose de garder à l'esprit que les Conventions sont faites avant tout pour protéger les individus et non pour servir les intérêts des Etats...* »

<sup>1179</sup> PICTET, Jean, *Development and principles of humanitarian law...*, pp. 91-92

<sup>1180</sup> Clauses de dénonciation : articles 63/62/142/158 des CG, articles 99 du PAI et 25 du PAII, ainsi que l'article 37 de la *Convention de La Haye du 14 mai 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, article 8 de la *Convention IV de La Haye de 1907*, article 9 de la *Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de*

### c. Le droit des conflits armés, un équilibre entre nécessité militaire et humanité

L'indérogeabilité du droit international humanitaire peut être justifiée par le fait qu'il s'agit d'un corpus qui intègre et tente de concilier des forces en profonde contradiction : le principe d'humanité et les exigences de la nécessité militaire. L'évolution et l'application du DIH sont basées sur d'une part, la préservation des intérêts des Etats belligérants et d'autre part, sur les sentiments de compassion et d'empathie. Dans la Grèce antique, il existait deux Dieux différents dédiés à l'art de la guerre : Athéna, symbole de la modération et de la sagesse et Arès, Dieu sanguinaire et immodéré. Les citoyens grecs préféraient de loin Athéna, car elle personnifiait les valeurs profondes de leur civilisation, la juste mesure et l'équilibre.<sup>1181</sup>

*« The laws of warfare seek to achieve a compromise situation where the military wolf is sated whereas the humanitarian lamb survives intact...The Geneva Conventions, just like The Hague Conventions, are motivated by a realistic (as distinct from a strictly idealistic) approach to war... »*<sup>1182</sup>

Le droit de Genève et le droit de La Haye incorporent ces deux pôles, même si l'équilibre peut varier selon le contenu matériel de la norme considérée. Les règles relatives à la conduite des hostilités tendent plus vers la réalisation d'objectifs purement stratégiques et militaires, alors que les règles concernant la protection des victimes sont logiquement davantage infusées des aspirations humanitaires.<sup>1183</sup> Cet équilibre contingent signifie que le DIH prévoit les actions qui sont nécessaires pour atteindre les fins militaires, à savoir l'affaiblissement ou la destruction du potentiel ennemi, mais interdit le recours à toute violence ou l'infliction de tout dommage qui ne soient pas utiles et proportionnés aux objectifs de la guerre.<sup>1184</sup> Le DIH constitue un droit

---

*certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination*, signée à Genève le 10 octobre 1980, article XVI de la *Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction*, Paris le 13 janvier 1993, etc. Les **sections III. C. 7. d. e. et f.** reviendront sur la question des réserves, des dénonciations et de l'étendue coutumière des normes

<sup>1181</sup> La tempérance fait partie des quatre vertus cardinales pour Platon, avec la prudence, le courage et la justice. Pour Aristote déjà, toute vertu morale était perçue comme un milieu entre deux extrêmes. Voir, DURHAM, Helen, « International Humanitarian Law and the Gods of War: The Story of Athena versus Ares », *Melbourne Journal of International Law*, vol. 8, 2007, pp. 248-258.

<sup>1182</sup> DINSTEIN, Yoram, « The international law of inter-States wars and human rights », ..., p. 146

<sup>1183</sup> Par exemple, les règles relatives à l'occupation prennent largement en compte les nécessités militaires. Ce constat est dû à la volonté de ne pas imposer un fardeau trop lourd à la puissance occupante, tout en garantissant la vie, la dignité et la loyauté des citoyens du territoire sous occupation. De multiples restrictions au nom de la nécessité sont permises : articles 27, 49, 78 et 64 de la CG IV.

<sup>1184</sup> Le *Code Lieber* exprime déjà cette idée à ses articles 14 à 16 :

« 14. La nécessité militaire, ainsi que la comprennent aujourd'hui les nations civilisées, s'entend de la nécessité de mesures indispensables pour atteindre les buts de guerre, et légales selon les lois et coutumes de la guerre.

15. La nécessité militaire admet que l'on tue ou blesse directement tout ennemi « armé » et toute autre personne dont la mise hors de combat se trouve inévitable dans les engagements armés de la guerre ; elle permet de capturer tout ennemi armé et tout ennemi de quelque importance pour le gouvernement ennemi ou représentant un danger particulier pour le capteur ; elle permet toutes destruction de biens et obstruction de voies et canaux de trafic, commerce ou communication, et toute suppression de subsistances ou moyens d'existence à l'ennemi ; l'appropriation, en pays ennemi, de tout produit nécessaire à la subsistance et à la sécurité de l'armée, ainsi que toute ruse n'impliquant pas rupture d'un engagement exprès, qu'il s'agisse d'engagements contractés au cours de la guerre ou

dérogatoire au droit normalement applicable, mais n'autorise l'emploi de la force uniquement si elle est compatible avec les principes de bonne gouvernance et de maintien d'un minimum de dignité humaine. Dans cette optique, la guerre n'est plus un exercice arbitraire du pouvoir.

Ce fragile compromis s'exprime de diverses manières. Certaines actions peuvent être absolument prohibées, car elles n'impliquent aucune valeur militaire;<sup>1185</sup> certains actes possèdent une certaine valeur au niveau stratégique, mais les considérations humanitaires dépassent celle-ci;<sup>1186</sup> il est d'autres règles qui représentent en elle-même un équilibre, car nécessité et humanité importent de façon égale, les deux principes étant limités par les exigences de l'autre;<sup>1187</sup> finalement, dans certains cas, les préoccupations militaires l'emportent et la règle qui en résulte insère explicitement une limitation. Certaines actions exigées par le droit sont par conséquent tempérées par les exigences pratiques de la situation, alors que d'autres sont directement fondées sur la nécessité militaire.<sup>1188</sup>

L'équilibre varie, selon les époques et la société considérées, les questions d'humanité ayant pris de plus en plus d'importance dans le discours théorique, bien que la pratique soit encore

---

*d'engagements résultant de l'état actuel du droit de la guerre. Ceux qui prennent les armes l'un contre l'autre dans une guerre publique ne cessent pas d'être, pour autant, des être moraux, responsables vis-à-vis l'un de l'autre et de Dieu.*

*16. La nécessité militaire n'admet pas la cruauté, c'est-à-dire le fait d'infliger la souffrance pour elle-même ou par vengeance, ni l'acte de blesser ou mutiler si ce n'est en combat, ni la torture pour obtenir des renseignements. Elle n'admet d'aucune manière l'usage du poison, ni la dévastation systématique d'une contrée. Elle admet la ruse, mais repousse les actes de perfidie ; et, en général, la nécessité militaire ne comprend aucun acte d'hostilité qui accroisse, sans nécessité, les difficultés du retour à la paix.»*

Le manuel américain du droit de la guerre de l'armée de l'air reprend approximativement la même définition : « le droit de la guerre met des limites à l'emploi de la violence par un belligérant...et exige que les belligérants s'abstiennent d'employer toute espèce ou tout degré de violence qui n'est pas effectivement nécessaire pour atteindre les buts militaires...La nécessité militaire a été définie comme le principe qui justifie celles des mesures non interdites par le droit international et indispensables à la soumission complète de l'ennemi dans un temps aussi bref que possible, avec l'emploi d'un minimum de ressources matérielles et humaines.», *Department of the Army Field Manual, FM 27-10, The Law of Landwarfare*, juillet 1956, § 3. Idem dans *The Commander's handbook on the Law of Naval Operations*, 1995.

<sup>1185</sup> Interdiction du pillage, des destructions sans motif, des actes de pure cruauté ou de sadisme, de la torture, prohibition de tout acte visant à infliger des souffrances par haine ou par vengeance ou par simple plaisir de tuer. Affirmé dans *Trial of Wilhelm List and others, The Hostages Case*, Law Reports of Trials of War Criminals before Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law N° 10, février 1948, United Nations War Crimes Commission, 1950, Volume VIII, p. 34.

<sup>1186</sup> Interdiction du poison, des armes toxiques, et autres armes et moyens prohibés par les conventions en la matière.

<sup>1187</sup> Le principe de proportionnalité exprimé à l'article 51§5.b) du PAI en est un exemple : le dommage collatéral causé par une attaque dirigée contre un objectif militaire ne doit pas être disproportionné par rapport à l'avantage militaire direct et concret attendu ; également le principe de précaution, codifié à l'article 57 du PA I.

<sup>1188</sup> L'article 21 de la CG I énonce l'interdiction d'attaquer les établissements et les formations sanitaires, à moins qu'ils ne soient employés pour commettre des actes nuisibles à l'ennemi. Egalement, le *Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs (Protocole II)*, Genève, 10 octobre 1980, qui prévoit à ses articles 4 et 5 la possibilité de recourir à des mines, pour des raisons militaires. Relativement aux dispositions qui reposent uniquement sur la nécessité militaire, voir l'article 11 de la *Convention de La Haye du 14 mai 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, l'article 53 de la CG IV et l'article 54§5 du PAI.

clairement guidée par les réalités militaires. Il est certain que le principe d'humanité est défini par des critères éthiques, souvent issus de l'appréciation subjective de celui ou celle qui évalue, alors que la nécessité militaire dépend de la nature des conflits, des évolutions technologiques et de la situation sur le champ de bataille.<sup>1189</sup> En droit international positif, le Préambule de la *Convention IV de La Haye de 1907* énonce: « (...) ces dispositions, dont la rédaction a été inspirée par le désir de diminuer les maux de la guerre, autant que les nécessités militaires le permettent (...). »<sup>1190</sup>

Du principe d'humanité découle les impératifs de traitement humain des individus qui ne participent pas ou plus aux hostilités. L'existence d'un conflit armé ne doit pas mener à l'anéantissement de la société humaine. Tout comportement, tout acte, toute règle doit être évalué en fonction de cet objectif.<sup>1191</sup> Parallèlement, la nécessité militaire autorise certains inflexions: la notion d'exigences militaires est parfois intégrée dans une disposition de manière expresse, afin de permettre à l'Etat belligérant de concilier ses intérêts propres avec les normes visant la protection des individus. « *Le respect de la personne humaine et son épanouissement seront assurés dans la mesure compatible avec l'ordre public, et en temps de guerre, avec les exigences militaires.* »<sup>1192</sup> La nécessité n'est pas une exception et ne peut être invoquée comme dans le passé pour pouvoir arbitrairement déroger aux normes du droit humanitaire: elle doit être expressément prévue pour trouver application.<sup>1193</sup> Cette nécessité

---

<sup>1189</sup> Sur la relation entre les exigences d'humanité et la nécessité militaire, le Professeur Abi-Saab a dit: «*The one is subjective, depending on the dominant moral ideas and degree of community feeling obtaining among major contenders in society; the other is objective, depending on the evolution of military technology and strategic thought. It is the dialectical relation between these two forces, in light of historical experience, which determines the contents, contours and characteristics of the law of war at any moment in time.*», ABI-SAAB, Georges, «The Specificities of Humanitarian Law », in SWINARSKI, Christophe, (Ed.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet, Comité International de la Croix-Rouge/ Studies and essays on international humanitarian law and Red Cross principles in honour of Jean Pictet*, International Committee of the Red Cross, Genève, Comité International de la Croix-Rouge, La Haye, Martinius Nijhoff, 1984, p. 265

<sup>1190</sup> Egalement, le Préambule de la *Déclaration de Saint-Petersbourg*: « (...) cette commission ayant fixé, d'un commun accord, les limites techniques où les nécessités de la guerre doivent s'arrêter devant les exigences de l'humanité, les soussignés sont autorisés, par les ordres de leurs gouvernements, à déclarer ce qui suit... » ; Voir les articles 3, 13, 40 de la *Déclaration de Bruxelles concernant les lois et les coutumes de la guerre*, 27 août 1874 ; et la *Convention II de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre* et son *Annexe, le Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, La Haye, 29 juillet 1899, Préambule, al. 6.

<sup>1191</sup> « ...the modernization of the law in war has transformed it into a vocabulary for assessing military conduct in war that merges what once were autonomous legal distinctions, ethical principles and pragmatic military calculations and placed them all in the service of a broad political process through which the legitimacy and illegitimacy of military conduct is assessed. », KENNEDY, David, *Of War and Law*,..., p. 98

<sup>1192</sup> PICTET, Jean, *Droit humanitaire et protection des victimes de guerre*, Institut Henry Dunant, Leiden, Sijthoff, 1973, p. 31. La **partie III. C. 4. a. iv. infra** donnera des exemples précis.

<sup>1193</sup> «Humanitarian law, having been adopted for situations of extreme emergency, such as international war, may not be derogated from on the grounds of necessity or other such reasons. However, a few provisions of humanitarian law contain exceptions allowing states to take restrictive measures on grounds of military necessity. », MERON, Theodor, « Convergences of International Humanitarian Law and Human Rights Law », in WARNER, Daniel, (Ed.), *Human*

relative a remplacé la *Kriegsraison*, ou nécessité absolue, développée par les juristes allemands du XIX<sup>ème</sup> siècle. Cette notion permettait la commission de tout acte, licite ou non, ceci au nom du droit de l'Etat à l'auto-préservation. *Kriegsraison geht vor Kriegsmanier*.<sup>1194</sup> Le Tribunal de Nuremberg rejeta l'argument soulevé par les généraux allemands, selon lequel la nécessité pouvait justifier des actes interdits.<sup>1195</sup> La régulation de la nécessité militaire va à l'encontre du modèle réaliste de Hobbes, de Machiavel et des théoriciens allemands qui pensaient que les Etats devaient être totalement libres de prendre les mesures nécessaires, afin de défendre leurs intérêts vitaux, leur sécurité et leur survie.<sup>1196</sup> Le droit international humanitaire est bien un modèle d'accommodation, qui prend en compte les objectifs et les besoins légitimes des belligérants, stratégiques et politiques, tout en préservant un cadre juridique. La nécessité, élément spécifique et principe fondateur du DIH, est intégrée à la *lex scripta*.

---

*Rights and Humanitarian Law: The Quest for Universality*, La Haye, Martinus Nijhoff, Nijhoff Law Specials n°29, 1997, p. 101

<sup>1194</sup> Repris par Dan Acheson lors de la Crise des Missiles à Cuba en 1962: « [The law] simply does not deal with some questions of ultimate power... The survival of States is not a matter of law. », cité par SCHACHTER, Oscar, *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht/Boston, Martinus Nijhoff, 1991, p. 136.

<sup>1195</sup> «...either the doctrine of *Kriegsraison* must be abandoned definitely and finally, or there is an end of international law, and in its place will be left a world without law. », ROOT, Elihu, « Opening Address at the Fifteenth Annual Meeting of the American Society of International Law, 27 April 1921 », *American Society International Law Proceedings*, vol. 15, 1921, p. 3; sur le fait que la doctrine de la nécessité absolue réduirait «the entire body of the laws of war to a code of military convenience.», voir FENWICK, Charles, *International Law*, New York, Appleton-Century-Crofts, 3<sup>ème</sup> Edition, 1952, p. 547. Voir également *Department of the Army Field Manual, FM 27-10, The Law of Landwarfare*, juillet 1956 et le *Manuel de Guerre allemande 15/10 Kriegsvölkerrecht*, mars 1961, § 36.

«This theory is nothing more than the reapplication of the well-known German principle " *Kriegsraison geht vor Kriegsmanier*" (necessity in war goes before chivalry in warfare) which has been advanced by various German writers and faithfully transmitted into action by the German Armies during the last two World Wars. According to this theory, the laws of war lose their binding force in case of extreme necessity, which was said to arise when the violation of the laws of war offers other means of escape from extreme danger, or the realization of the purpose of war—namely, the overpowering of the enemy. Such a theory is merely a denial of all laws, and a reaffirmation of the philosophy that the end justifies the means. », *The German High Command Trial, Trial of Wilhelm von Leeb and 13 others*, Law Reports of Trials of War Criminals, The United Nations War Crimes Commission, vol. XII, décembre 1947- octobre 1948, p. 123, disponible at [http://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/pdf/Law-Reports\\_Vol-12.pdf](http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-12.pdf), consulté le 8 juin 2011. Voir aussi *Trial of Wilhelm List and others, The Hostages Case*, Law Reports of Trials of War Criminals before Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law N° 10, février 1948, United Nations War Crimes Commission, 1950, Volume VIII, pp. 66-68 et *Case of The United States vs. Alfred Krupp von Bohlen and Halbach and others*, Reports of Trials of War Criminals, The United Nations War Crimes Commission, vol. XI décembre 1947-juillet 1948. L'affaire concernait la question du travail forcé imposé par les Allemands à des prisonniers de guerre français dans des usines d'armement sous le régime de Vichy. Cependant, l'article 31 de la *Convention de 1929 concernant le traitement des prisonniers de guerre* énonce : Chapitre 3. Du travail prohibé. « Les travaux fournis par les prisonniers de guerre n'auront aucun rapport direct avec les opérations de la guerre. En particulier, il est interdit d'employer des prisonniers à la fabrication et au transport d'armes ou de munitions de toute nature, ainsi qu'au transport de matériel destiné à des unités combattantes. En cas de violation des dispositions de l'alinéa précédent, les prisonniers ont la latitude, après exécution ou commencement d'exécution de l'ordre, de faire présenter leurs réclamations par l'intermédiaire des hommes de confiance dont les fonctions sont prévues aux articles 43 et 44, ou, à défaut d'homme de confiance, par l'intermédiaire des représentants de la Puissance protectrice. » Cette disposition ne prévoit en effet aucune possibilité d'invoquer la nécessité. La CG III de 1949 reprend l'interdiction à ses articles 50 et 52.

<sup>1196</sup> GROSS, Oren, NI AOLAINE, Fionnuala, *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 334-336

De cet équilibre, qui justifie que les belligérants ne puissent déroger au droit international humanitaire dans une mesure qui dépasse ce qui est perçu comme nécessaire, s'ensuit les autres principes fondamentaux du droit des conflits armés. Premièrement, le principe de distinction entre combattants et populations civiles et entre objectifs militaires et biens à caractère civil, principe qui prohibe toute attaque dirigée contre les civils ou les biens civils.<sup>1197</sup> A nouveau, cette interdiction est à relativiser : les pertes civiles sont possibles lors d'un conflit armé, mais les dommages collatéraux ne doivent pas être excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu.<sup>1198</sup> Ensuite, il est accepté que les belligérants n'aient pas un droit illimité quant aux choix des moyens et des méthodes de nuire à l'ennemi, tout choix étant contraint par des considérations humanitaires :<sup>1199</sup> interdiction des armes et méthodes causant des maux superflus ou des souffrances inutiles<sup>1200</sup> et prohibition des moyens indiscriminés par nature ou employés de façon non-discriminatoire, comme par exemple, les bombardements en tapis.<sup>1201</sup> Ces contraintes imposées à la conduite des hostilités sont concrétisées en droit positif par les nombreuses conventions internationales relatives à la proscription de certaines armes ou à la limitation de leur emploi.<sup>1202</sup>

---

<sup>1197</sup> Déjà présent dans le *Code Lieber* à son article 22. Et, article 48 du PAI : « Règle fondamentale. En vue d'assurer le respect et la protection de la population civile et des biens de caractère civil, les Parties au conflit doivent en tout temps faire la distinction entre la population civile et les combattants ainsi qu'entre les biens de caractère civil et les objectifs militaires et, par conséquent, ne diriger leurs opérations que contre des objectifs militaires. » Et le commentaire de l'article 48 du PAI : « C'est ici que se trouve confirmée la règle fondamentale de la protection et de la distinction, sur laquelle est fondée la codification des lois et coutumes de la guerre: la population civile et les biens civils doivent être, en cas de conflit armé, respectés et protégés; pour cela, il faut les distinguer des combattants et des objectifs militaires. Sur cette règle de droit coutumier repose tout l'édifice mis sur pied à La Haye, en 1899 et 1907, et à Genève, de 1864 à 1977. », disponible at <http://www.icrc.org/dih.nsf/COM/470-750061?OpenDocument>, consulté le 23 octobre 2011.

Egalement, article 51§2 du PAI : « Protection de la population civile. Ni la population civile en tant que telle ni les personnes civiles ne doivent être l'objet d'attaques... » *Idem*, article 52, concernant les biens à caractère civil. Le principe de distinction a été défini par la Cour internationale de Justice comme un principe cardinal du DIH, dans son *Avis consultatif sur La licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J. 1996, 8 juillet 1996, p. 257, § 78.

<sup>1198</sup> Principe de proportionnalité, tel que codifié à l'article 51§5 (b) du PAI. Voir également l'article 23 (g) du *Règlement de La Haye de 1907*, qui prohibe les destructions inutiles aux biens et à la propriété. : « Outre les prohibitions spéciales, il est notamment interdit : (...) de détruire ou saisir des propriétés ennemies, sauf les cas où ces destructions ou ses saisies seraient impérieusement commandées par les nécessités de la guerre. »

<sup>1199</sup> Article 22 du *Règlement de La Haye de 1907* ; article 35§1 du PAI.

<sup>1200</sup> Article 35§2 et § 3 du PAI, qui inclut l'interdiction d'utiliser des méthodes ou moyens qui sont conçus, ou dont on peut attendre qu'ils causeront des dommages étendus, durables et graves à l'environnement et la prohibition des armes qui rendent la mort inévitable; également, Préambule de la *Déclaration de Saint-Pétersbourg*: « Que ce but serait dépassé par l'emploi d'armes qui aggraveraient inutilement les souffrances des hommes mis hors de combat ou voudraient leur mort inévitable. » Notons que l'article 23 (e) du *Règlement de La Haye de 1907* interdit uniquement l'emploi de moyens propres à provoquer des maux superflus, tout comme l'article 23 (e) de la *Convention (II) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, La Haye, 29 juillet 1899.

<sup>1201</sup> Article 51§4 et §5 (a) du PAI.

<sup>1202</sup> Voir <http://www.icrc.org/dih.nsf/TOPICS?OpenView>, pour une liste complète des traités.

Toutefois, les Etats soumettent la ratification de ces instruments à des calculs égoïstes : ils prennent en considération la valeur militaire de l'arme ou de la méthode, ainsi que le désavantage qui résulterait, si les autres parties contractantes ne respectent pas la prohibition. Ceci explique pourquoi les armes nucléaires n'ont pu être l'objet d'une réglementation internationale : le risque encouru est trop grand et les intérêts étatiques l'emportent sur les considérations humanitaires :

*«The perceived dictates of national self-preservation prevent acceptance of limitations upon the acquisition of a variety of weapons that it might be useful to employ in an emergency.»<sup>1203</sup>*

La persistance du paradigme interétatique est confirmée par la conclusion de la CIJ dans l'*Avis consultatif relatif aux armes nucléaires*, qui n'exclut pas l'emploi de telles armes « dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause », qui semble être une application indirecte de la doctrine de la *Kriegsraison*.<sup>1204</sup>

Bien que le droit international humanitaire représente un équilibre entre humanité et nécessité et que ses règles prévoient expressément les cas où il doit être tenu compte des réalités de la guerre, et que par conséquent les belligérants ne devraient pouvoir y déroger, cette prétendue indérogeabilité est à nuancer. Les principes mentionnés *supra*, spécialement la notion de nécessité ou d'exigences militaires, ne font pas l'objet d'un consensus au niveau de leur interprétation et 'il est aisé pour les acteurs de manipuler leur signification, dans le but de procéder à une application « personnalisée » du DIH. La nécessité militaire, au lieu de représenter un principe limitatif, devient alors une justification à des actes odieux.<sup>1205</sup>

#### **d. Raisons logiques et intérêts des belligérants**

L'efficacité du droit international humanitaire doit être évaluée en fonction du comportement des parties sur le terrain. Cette dimension est trop souvent négligée par les internationalistes et les théoriciens, cherchant inlassablement à renforcer la nature contraignante des normes de DIH. Il est un droit, qui a été créé et pensé, pour être appliqué dans des circonstances précises d'urgence, dans

---

<sup>1203</sup> GREIG, Donald Westlake, «The Underlying Principles of International Humanitarian Law»,..., p. 57. La réserve faite par les Etats-Unis au *Protocole de Genève concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires de moyens bactériologiques du 17 juin 1925* illustre parfaitement la persistance des intérêts étatiques dans le domaine de la réglementation des armes: «Le protocole cessera d'être obligatoire pour le Gouvernement des Etats-Unis en ce qui concerne l'usage à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques et autres gaz, et de tous liquides, matériaux ou engins similaires à l'égard d'un Etat ennemi si ledit Etat ou l'un quelconque de ses alliés ne respecte pas les interdictions contenues dans le protocole. » Même constat pour la question des armes robotisées. Nous reviendrons sur ce point avec la question des réserves faites à l'interdiction de représailles, **section III. C. 4. b.**

**iv.**  
<sup>1204</sup> *Avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J. 1996, 8 juillet 1996, conclusion au point 2. E., p. 266

<sup>1205</sup> «Although carte blanche deviation from established legal norms based on military necessity is impermissible, the balancing of necessity and humanity pervades contemporary international law in both a general and a specific sense.», SCHMITT, Michael N., «Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law : Preserving the Delicate Balance», *Virginia Journal of International Law*, vol. 50, 2009-2010, p. 798

lesquelles les principes d'état de droit, de justice et de liberté sont gravement menacés. Le droit des conflits armés est un droit minimal. Dans ce contexte, il semble logique qu'il ne soit pas possible de déroger à un corpus qui constitue un seuil, un plancher infranchissable.

*«There is no room to consider the possibility of endowing states with the power to derogate from the rights recognized in those specific situations. The acceptance of the principle of non-reciprocity as the basis of the legal system for the observance and compliance of humanitarian law, as well as the normative limitations on reprisals, have evidenced the non-derogable character of rights and guarantees afforded to individuals under IHL. »<sup>1206</sup>*

Le caractère indérogeable des normes de DIH résulte également de la perception des belligérants : il est évident qu'il est dans leur intérêt de respecter les prescriptions, conventionnelles ou coutumières, du droit des conflits armés. Ce dernier est supposé respecter les exigences du terrain et les aléas de la guerre, ainsi que de favoriser un retour rapide à des conditions de paix. Le droit humanitaire, s'il est observé par toutes les parties au conflit, évite une escalade de la violence et mène à des économies en ressources matérielles et humaines. Par conséquent, il permet aussi une normalisation plus aisée de relations entre ennemis, une fois les hostilités terminées, et facilite grandement le processus de réconciliation à la suite des conflits internes. Ne pas violer le droit international et ne pas causer de dommages ou de souffrances inutiles à son adversaire sont des symboles forts de bonne foi, qui permettent aux acteurs de la scène internationale d'évaluer, s'ils peuvent faire confiance à ceux qu'ils ont combattus autrefois. Respecter le droit humanitaire est aussi une problématique liée à la réputation du belligérant et à la pression exercée par l'opinion publique: un Etat ou un groupe qui se comporte de manière conforme aux exigences humanitaires recevra un soutien politique, une aide économique internationale ou une assistance dans les situations de post-conflit.

L'autorité morale, mais également des considérations purement pragmatiques, tendent à expliquer l'indérogeabilité du droit international humanitaire. Le respect des règles du jeu est au bénéfice de tous les joueurs. Toutefois, les occurrences de tricherie sont fréquentes, ce qui a pour effet de miner les conséquences positives issues de l'application des normes, ainsi que de créer un climat délétère de méfiance entre les belligérants. Au-delà de ces quelques fondements généraux, il faut assurément rechercher les bases juridiques de l'indérogeabilité du DIH et saisir la nature, l'étendue et les fonctions jouées par celle-ci.

---

<sup>1206</sup> VINUESA, Raul Emilio, « Interface, correspondence and convergence of human rights and international humanitarian law », *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 1, 1998, p. 77

### 3. Fondements juridiques et limites de l'indérogeabilité du droit international humanitaire

#### a. Généralités

##### i. Rhétorique de l'absolu

De même que dans les autres piliers constitutifs de ce travail, le langage employé dans les conventions et autres instruments de droit international humanitaire est révélateur de la valeur juridique et de la force normative que les rédacteurs de ces dernières ont voulu leur octroyer. Le droit des conflits armés est fortement marqué par des termes qui véhiculent l'impression que les obligations issues de ce corpus possèdent un caractère absolu :

*« Les interdictions sont expresses et ne souffrent aucune exception; elles prévalent “en tout temps et en tout lieu”. Il s'agit d'obligations absolues. »*<sup>1207</sup>

Les normes de DIH doivent être respectées en toutes circonstances, c'est-à-dire *« qu'aussitôt qu'existe l'une des conditions d'application prévues par l'article 2, une Puissance liée ne peut se donner aucun prétexte valable, d'ordre juridique ou autre, pour ne pas respecter la Convention dans son ensemble. “En toutes circonstances”, cela signifie enfin que l'application de la Convention ne dépend pas du caractère du conflit. Qu'il s'agisse d'une guerre “juste” ou “injuste”, d'une agression ou d'une résistance à l'agression, cela ne saurait affecter en rien la protection et les soins dus aux blessés et aux malades. »*<sup>1208</sup> Les divers points inclus dans le commentaire cité seront traités, mais il en découle que le droit humanitaire est un domaine particulier du droit international, car la nature objective et supérieure de ses normes, dans le sens

---

<sup>1207</sup> « Le caractère absolu de ces obligations est celui d'un grand nombre de règles des Protocoles et du droit international humanitaire, en général. Cela comprend la définition suivante de l'obligation absolue, donnée par la Commission du droit international: «obligation d'une partie quelconque qui ne dépend, ni juridiquement, ni dans la pratique, d'une exécution correspondante par les autres parties. L'obligation a un caractère absolu et non un caractère de réciprocité» (' Annuaire CDI ', 1957, vol. II, p. 54, par. 125-126). Cela comprend aussi le caractère indérogeable, tel qu'il est conféré par le Pacte à certaines interdictions, en particulier des atteintes portées arbitrairement à la vie (art. 6), de la torture, des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. 7) et de l'esclavage (art. 8). », Commentaire de l'article 4§2 du PA II, disponible at <http://www.icrc.org/dih.nsf/COM/475-760008?OpenDocument>, consulté le 10 juin 2011.

Le rapport du Secrétaire général des Nations Unies, du 20 novembre 1969, intitulé « Respect des droits de l'homme en période de conflits armés », UN Doc. A/7720, énonce la même idée à son § 82 : « Les instruments de l'Organisation des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme semblent bien appartenir, tout comme les Conventions de Genève de 1949, à cette catégorie de traités qui fixent des "obligations absolues" lorsque, comme l'a écrit un Rapporteur spécial de la Commission du droit international sur le droit des traités, "l'obligation d'une partie quelconque ne dépend, ni juridiquement, ni dans la pratique, d'une exécution correspondante par les autres parties. L'obligation a un caractère absolu et non pas un caractère de réciprocité – elle constitue, pour ainsi dire, une obligation à l'égard du monde entier plutôt qu'une obligation à l'égard des parties au traité. »

<sup>1208</sup> Commentaire de l'article 1 de la CG I, disponible at <http://www.icrc.org/dih.nsf/COM/365-570004?OpenDocument>, consulté le 10 juin 2010. L'expression « en toutes circonstances » se retrouve dans de nombreuses dispositions : Articles 3§1, 7§1, 19§1 de la CGI; 3§1, 7, 42§4 de la CG II; 7, 14, 103§1, 129§4 de la CG III; 24§1, 27§1, 45§4, 146§4 de la CG IV ; 10§2, 12§4, 51§1, 63§1, 73, 75§1 du PAI, entre autres.

où « *il n'y a pas d'échappatoire, pas d'excuse, pas de circonstance atténuante possibles* », <sup>1209</sup> est mise en évidence par certains termes qui apparaissent de manière récurrente dans les textes et qui sont liés à la prétendue indérogeabilité de cette branche juridique. <sup>1210</sup>

Le droit humanitaire prohibe certains actes, ainsi que la menace de leur commission, réprime les violations et les omissions ; il s'est progressivement étendu à toutes les situations de belligérance, impose des obligations à toute entité impliquée dans le conflit et accorde une protection à quasiment toutes les personnes affectées. Le critère formel, originellement exigé, de la déclaration de guerre ou de reconnaissance de situation de belligérance, a été mis de côté, le conflit armé étant devenu une situation de fait, défini par des caractéristiques objectives. L'existence d'un conflit armé et « *l'application du droit à cette situation dépend en fait de ce qui se passe sur le terrain. Ce sont les faits qui sont déterminants.* » <sup>1211</sup> De même, relativement aux conflits internes, la reconnaissance de belligérance, acte discrétionnaire et unilatéral qui permettait de transposer les guerres civiles en droit international, et qui constituait une condition d'application du droit humanitaire et d'octroi de droits aux parties, est totalement tombée en désuétude au XX<sup>ème</sup> siècle. Un conflit interne existe si certaines conditions sont réunies. <sup>1212</sup> Les règles devraient donc s'appliquer de manière presque automatique dès qu'un conflit surgit et ce constat ressort du langage utilisé et du caractère impératif des engagements souscrits par les Etats.

---

<sup>1209</sup> Commentaire article 3 commun aux CG, disponible at <http://www.icrc.org/dih.nsf/COM/365-570006?OpenDocument>, consulté le 11 juin 2010

<sup>1210</sup> Par exemple : en tout lieu, en tout temps, en toutes circonstances, en aucun cas, jamais, sans délai, les Hautes Parties contractantes s'engagent à prendre toutes les mesures possibles ou nécessaires, il est interdit ou prohibé de..., sans distinction.

<sup>1211</sup> « Comment le terme de conflit armé est-il défini en droit international humanitaire », *Comité International de la Croix-Rouge, Prise de position*, mars 2008. Voir également le commentaire de la CG I, article 1, sur la définition du conflit armé international : « *Tout différend surgissant entre deux Etats et provoquant l'intervention des membres des forces armées, est un conflit armé au sens de l'article 2, même si l'une des Parties conteste l'état de belligérance. La durée du conflit ni le caractère plus ou moins meurtrier de ses effets ne jouent aucun rôle.* », disponible at <http://www.icrc.org/dih.nsf/COM/365-570005?OpenDocument>, consulté le 11 juin 2011.

La *Convention de La Haye III relative à l'ouverture des hostilités* de 1901 énonçait à son article premier : « *Les Puissances contractantes reconnaissent que les hostilités entre elles ne doivent pas commencer sans un avertissement préalable et non équivoque, qui aura, soit la forme d'une déclaration de guerre motivée, soit celle d'un ultimatum avec déclaration de guerre conditionnelle.* »

<sup>1212</sup> « *Affrontement prolongé qui oppose les forces armées gouvernementales aux forces d'un ou de plusieurs groupes armés, ou de tels groupes armés entre eux, et qui se produit sur le territoire d'un Etat partie aux CG. Cet affrontement armé doit atteindre un niveau minimal d'intensité et les parties impliquées dans le conflit doivent faire preuve d'un minimum d'organisation.* », *Comité International de la Croix-Rouge, Prise de position*, mars 2008. Voir aussi *Procureur v. Tadic, Arrêt relatif de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*, IT-94-1A, arrêt du 2 octobre 1995, § 70, **note de bas de page 1149**, *supra* : « *... nous estimons qu'un conflit armé existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre Etats ou un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un Etat. Le droit international humanitaire s'applique dès l'ouverture de ces conflits armés et s'étend au-delà de la cessation des hostilités jusqu'à la conclusion générale de la paix ; ou, dans le cas de conflits internes, jusqu'à ce qu'un règlement pacifique soit atteint. Jusqu'alors, le droit international humanitaire continue de s'appliquer sur l'ensemble du territoire des Etats belligérants ou, dans le cas de conflits internes, sur l'ensemble du territoire sous le contrôle d'une Partie, que des combats effectifs s'y déroulent ou non.* »

« (...). Au contraire, la grande majorité de ce corpus de règles énonce des obligations absolues, à savoir des obligations inconditionnelles ou, autrement dit, qui ne se fondent pas sur la réciprocité. Cette idée figure déjà à l'Article premier commun des Conventions de Genève de 1949... »<sup>1213</sup>

La rhétorique employée en lien avec le droit international humanitaire illustre la nature duale de cet ensemble juridique : constitué de règles de droit positif, il est en même temps le reflet d'impératifs moraux et sociaux, visant à garantir la survie du système international et de l'humanité, mis en péril par la situation de guerre, et à consolider une communauté internationale censée être liée par des valeurs collectives.<sup>1214</sup>

## ii. Exclusion de la réciprocité

Le droit international est traditionnellement fondé sur la réciprocité des engagements pris par les Etats : en tant que système juridique contractuel basé sur l'égalité et la souveraineté des Etats, le droit international autorise un Etat à ne pas respecter ses engagements assumés envers un autre Etat, en réponse aux violations commises par ce dernier.<sup>1215</sup> Le DIH fait exception à ce principe, il n'est pas un simple contrat entre les parties, mais il est présenté comme un ensemble d'engagements unilatéraux.<sup>1216</sup> Cette exclusion de la réciprocité est un trait relativement récent du droit des conflits armés. La guerre a en effet été basée pendant des siècles sur ce principe, la réciprocité, considérée comme le garant du respect des règles. Il s'agissait d'assurer une symétrie dans les relations entre belligérants, afin d'éviter que les Etats liés par telle ou telle convention ne fussent désavantagés, par le fait d'assumer plus d'obligations. Cette fonction était exprimée dans la célèbre *clausula si omnes* qui disait que :

« Les dispositions de la présente Convention ne sont obligatoires que pour les Puissances contractantes, en cas de guerre entre deux ou plusieurs d'entre elles. Ces dispositions cesseront d'être obligatoires du moment où l'une des Puissances belligérantes ne serait pas signataire de la Convention. »<sup>1217</sup>

La clause, en tant que relique de la conception de souveraineté absolue et d'un droit international pensé comme un système dont les règles sont uniquement issues du consentement des Etats, a été peu à peu abandonnée. *Les Conventions de Genève de 1929* renversèrent la disposition et celles de 1949 la rejetèrent définitivement à leur article 2§3, renforçant la tendance à l'application universelle des normes des CG :

---

<sup>1213</sup> *Le Procureur v. Zoran Kupreskic and others*, Affaire IT-95-16-T, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, arrêt du 14 janvier 2000, § 517

<sup>1214</sup> Voir à ce sujet, KASTO, Jalil, *Jus cogens and Humanitarian Law*, 1<sup>ère</sup> Edition, International law Series n°2, Hounslow, J. Kasto cop., 1994, pp. 70-73

<sup>1215</sup> Sur le principe de réciprocité en droit international, voir VIRALLY, Michel, « Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain », *RCADI*, vol. 122, 1967.

<sup>1216</sup> Voir le Commentaire de l'article 1 des CG, *supra* **note de bas de page 1178**.

<sup>1217</sup> *Convention pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne*, Genève, 6 juillet 1906, article 24 ; *Convention IV de La Haye de 1907*, article 2 ; *Convention VII de La Haye de 1907*, article 7.

« Si l'une des Puissances en conflit n'est pas partie à la présente Convention, les Puissances parties à celle-ci resteront néanmoins liées par elle dans leurs rapports réciproques. Elles seront liées en outre par la Convention envers ladite Puissance, si celle-ci en accepte et en applique les dispositions. »<sup>1218</sup>

Cependant, la réciprocité joue encore une fonction importante dans la formation des règles, ainsi qu'au niveau de leur respect. Les études sociologiques ont montré l'importance de la réciprocité en tant que facteur clef « *through which shared social rules are enabled to yield social stability* ». <sup>1219</sup> Les Etats ne vont pas créer, ni observer, des normes qui peuvent les amener à se trouver en situation d'infériorité sur le champ de bataille. La réciprocité demeure pourtant un dispositif fondamental d'implémentation et de dissuasion des violations, au sein d'un système décentralisé et dépourvu de mécanismes de contrainte, et ceci d'autant plus dans les domaines, tels que le DIH, qui touchent aux prérogatives souveraines de l'Etat. <sup>1220</sup>

« ...reciprocity is an essential and just condition of the observance of the rules of war by the belligerents. No belligerents can be expected to abide by the rules of war, and subject to overriding considerations of humanity, to refrain from reprisals in relations to an adversary who patently and deliberately violates these rules. »<sup>1221</sup>

La réciprocité est, de plus, présente en filigrane dans certaines dispositions, comme par exemple, l'article 1 commun aux CG ou encore l'article 2§4 de la CG IV. <sup>1222</sup> Le PA II réintroduit également le concept en rendant l'applicabilité des dispositions dépendante de la capacité des rebelles de pouvoir les mettre en œuvre.

---

<sup>1218</sup> Article 25 de la CG de 1929 pour l'amélioration du sort des blessés et malades en campagne et article 82 de la CG de 1929 relative au traitement des prisonniers de guerre : « *Les dispositions de la présente Convention devront être respectées par les Hautes Parties Contractantes en toutes circonstances.*

*Au cas où, en temps de guerre, un des belligérants ne serait pas partie à la Convention, ses dispositions demeureront néanmoins obligatoires entre les belligérants qui y participent. »*

<sup>1219</sup> PROVOST, René, *International Human Rights and Humanitarian Law*,..., p. 122. Et: « *Reciprocity is a de facto element which should not be neglected. It can play an important role in the effective application of the rules concerned. To admit this element, which is more of a sociological order, as a principle of international law in the field considered would however be dangerous.* », « Reaffirmation and Development of the laws and customs applicable in armed conflicts », *Report submitted by the ICRC to the XXI<sup>e</sup> International Conference of the Red Cross*, 1969, p. 83.

<sup>1220</sup> Notamment, les questions liées à l'interdiction et à la limitation des moyens et des méthodes de guerre: « *La réciprocité marque la différence fondamentale entre les deux types de règles qui figurent dans le droit de Genève : reconnaître des droits aux victimes ne cause aucun préjudice aux belligérants...Au contraire, la violation du droit des armements, par exemple, peut être décisive...* », SAUNIER, Philippe, « Les règles fondamentales sur l'usage de méthodes et moyens de combat et les règles du Protocole I de 1977 sur les dommages excessifs causés aux civils », in SANDOZ, Yves, KALSHOVEN, Frits, (Eds.), *Implementation of International Humanitarian Law : research papers by participants in the 1986 Session of the Centre for Studies and Research in International Law and International Relations of the Hague Academy of International Law/Mise en œuvre du droit International Humanitaire : travaux de recherche des participants à la session de 1986 du centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales de l'Académie de droit international de La Haye*, Dordrecht/Boston, Martinus Nijhoff, 1989, p. 363

<sup>1221</sup> OPPENHEIM, Lassa Francis Lawrence, *International law: a treatise*, vol. 2: *Disputes, War and Neutrality*, 7<sup>th</sup> Edition, Londres/ New York, Longmans Green, 1952, p. 236

<sup>1222</sup> Article 2§4 de la CG IV : « *Les ressortissants d'un Etat qui n'est pas lié par la Convention ne sont pas protégés par elle. Les ressortissants d'un Etat neutre se trouvant sur le territoire d'un Etat belligérant et les ressortissants d'un Etat co-belligérant ne seront pas considérés comme des personnes protégées aussi longtemps que l'Etat dont ils sont ressortissants aura une représentation diplomatique normale auprès de l'Etat au pouvoir duquel ils se trouvent. »*

Toutefois, le principe n'est pas opérant pour mettre fin ou suspendre des obligations en réponse à une violation préalable. La *Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969* exprime cette idée à son article 60§5, disposition qui régit les cas d'extinction d'un traité ou de suspension de son application comme conséquence de sa violation :

« Les paragraphes 1 à 3 ne s'appliquent pas aux dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de **caractère humanitaire**, notamment aux dispositions excluant toute forme de représailles à l'égard des personnes protégées par lesdits traités. »<sup>1223</sup>

Cette conception, qui ne perçoit pas la réciprocité comme permettant de déroger au droit international humanitaire, se retrouve dans les clauses de dénonciation présentes dans les CG de 1949, qui souligne que la dénonciation ne produit de conséquences que pour la partie dénonçante, une fois le conflit terminé.<sup>1224</sup> L'article 51§8 du PAI révèle également la nature non-réciproque de l'interdiction d'attaquer des civils : « *Aucune violation de ces interdictions ne dispense les Parties au conflit de leurs obligations juridiques à l'égard de la population civile et des personnes civiles, y compris l'obligation de prendre les mesures de précaution prévues par l'article 57.* »

---

<sup>1223</sup> Voir également l'article 51§8 du PAI, qui exclut la réciprocité dans la conduite des hostilités : « *Aucune violation de ces interdictions ne dispense les Parties au conflit de leurs obligations juridiques à l'égard de la population civile et des personnes civiles, y compris l'obligation de prendre les mesures de précaution prévues par l'article 57.* » Aussi, les dispositions interdisant les représailles, voir *infra*, **section III. C. 4. b. iv.** Et le commentaire du Préambule du PAI : « *L'interdiction d'invoquer la réciprocité pour se soustraire au droit humanitaire est absolue. Elle vaut quelle que soit la violation imputée à l'adversaire. Elle ne permet de suspendre l'application du droit ni en totalité ni en partie, même si c'est en vue d'obtenir de l'adversaire réparation ou retour au respect du droit. Cela a été confirmé, en termes non ambigus, par l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités: prévoyant à quelles conditions une violation substantielle d'un traité peut permettre de le suspendre ou d'y mettre fin, cet article réserve expressément les traités de caractère humanitaire.* »

<sup>1224</sup> Articles 63, 62, 142, 158 des CG, article 99 du PAI, article 9 de la *Convention de 1980 sur les armes classiques*, entre autres. Les dispositions des CG se lisent comme suit :

« *Chacune des Hautes Parties contractantes aura la faculté de dénoncer la présente Convention. La dénonciation sera notifiée par écrit au Conseil fédéral suisse. Celui-ci communiquera la notification aux Gouvernements de toutes les Hautes Parties contractantes.*

*La dénonciation produira ses effets un an après sa notification au Conseil fédéral suisse. Toutefois la dénonciation notifiée alors que la Puissance dénonçante est impliquée dans un conflit ne produira aucun effet aussi longtemps que la paix n'aura pas été conclue et, en tout cas, aussi longtemps que les opérations de libération et de rapatriement des personnes protégées par la présente Convention ne seront pas terminées.*

*La dénonciation vaudra seulement à l'égard de la Puissance dénonçante. Elle n'aura aucun effet sur les obligations que les Parties au conflit demeureront tenues de remplir en vertu des principes du droit des gens tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique.* »

Voir également, *Le Procureur v. Zoran Kupreskic and others*, Affaire IT-95-16-T, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, jugement du 14 janvier 2000, §§ 518-519 : « 518. À la différence d'autres normes internationales, comme celles portant sur les traités commerciaux qui peuvent légitimement se fonder sur la protection des intérêts réciproques des États, le respect des règles humanitaires ne peut dépendre d'un respect réciproque ou équivalent de ces obligations par d'autres États. Cette tendance inscrit dans les normes juridiques le concept «d'impératif catégorique», formulé par Kant dans le domaine de la morale : il convient de s'acquitter de ses obligations, que les autres le fassent ou non.

519. En raison de leur caractère absolu, ces normes de droit international humanitaire n'imposent pas d'obligations synallagmatiques, à savoir d'obligation d'un État envers un autre. Au contraire, comme on peut le lire dans l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Barcelona Traction ...*, elles énoncent des obligations envers l'ensemble de la communauté internationale, ce qui fait que chacun des membres de cette communauté a un «intérêt juridique» à leur observation et, par conséquent, le droit d'exiger qu'elles soient respectées. »

La réalité offre pourtant un visage différent. Premièrement, certaines dispositions autorisent indirectement les Etats à suspendre temporairement leurs obligations face à un comportement illégal de leur adversaire. La protection spéciale due aux hôpitaux civils cesse, si l'hôpital est employé à des fins hostiles, en vertu de l'article 19 de la CG IV ; idem selon l'article 11§1 de la *Convention de La Haye sur les biens culturels*.<sup>1225</sup> L'article 60§7 du PAI confirme la dimension relative de l'article 60§5 CVDT : en effet, le PAI permet à une partie de se délier de ses obligations, en cas de violation substantielle d'un accord instituant une zone démilitarisée.<sup>1226</sup> Il est intéressant de percevoir qu'il existe une certaine incompatibilité entre la CVDT et les articles inclus dans certains instruments, en vertu desquels une partie voulant appliquer à un belligérant tiers non-lié juridiquement les dispositions conventionnelles pertinentes, ne sera contrainte par celles-ci dans leurs rapports exclusivement si l'autre partie les accepte et les applique.<sup>1227</sup>

Ensuite, outre les réserves émises par les Etats, qui conservent le droit d'invoquer le non-respect des engagements par leurs ennemis pour ne pas observer les leurs,<sup>1228</sup> la réciprocité occupe un rôle de choix dans les conflits non-internationaux et dans les conflits dits asymétriques. L'extension du DIH à des acteurs et des situations, qui ne correspondent pas au cadre classique du droit

---

<sup>1225</sup> Article 11, Levée de l'immunité : « 1. Si l'une des Hautes Parties contractantes commet relativement à un bien culturel sous protection spéciale une violation des engagements pris en vertu de l'article 9, la Partie adverse est, aussi longtemps que cette violation subsiste, dégagée de son obligation d'assurer l'immunité du bien considéré. Cependant, chaque fois qu'Elle le peut, Elle fait préalablement la sommation de mettre fin à cette violation dans un délai raisonnable. »

<sup>1226</sup> Article 60§7 du PAI : Zones démilitarisées : « 7. En cas de violation substantielle par l'une des Parties au conflit des dispositions des paragraphes 3 ou 6, l'autre Partie sera libérée des obligations découlant de l'accord conférant à la zone le statut de zone démilitarisée. Dans une telle éventualité, la zone perdra son statut, mais continuera de bénéficier de la protection prévue par les autres dispositions du présent Protocole et les autres règles du droit international applicable dans les conflits armés. »

<sup>1227</sup> Articles 2§3 commun au CG, 3§3 commun aux CG et 96§2 du PAI.

<sup>1228</sup> Voir la réserve émise par les Etats-Unis au Protocole de 1925, *supra note de bas de page 1203*. Notons que la plupart des Etats ont formulé une réserve de ce type, ce qui a pour résultat : « ...the Protocol will apply as treaty law merely on the basis of *lain reciprocity*, and this not between reserving States alone, but on grounds of general treaty law, even if only one of the parties to an international armed conflict has made or maintained the reservation. », KALSHOVEN, Frits, «Belligerent Reprisals Revisited», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 21, 1990, p. 74

Ou encore la réserve britannique sur l'interdiction des représailles contre les civils et les biens civils, incluse aux articles 51 à 55 du PA I : «*The obligations of Articles 51 and 55 are accepted on the basis that any adverse party against which the United Kingdom might be engaged will itself scrupulously observe those obligations. If an adverse party makes serious and deliberate attacks, in violation of Article 51 or Article 52 against the civilian population or civilians or against civilian objects, or, in violation of Articles 53, 54 and 55, on objects or items protected by those Articles, the United Kingdom will regard itself as entitled to take measures otherwise prohibited by the Articles in question to the extent that it considers such measures necessary for the sole purpose of compelling the adverse party to cease committing violations under those Articles, but only after formal warning to the adverse party requiring cessation of the violations has been disregarded and then only after a decision taken at the highest level of government. Any measures thus taken by the United Kingdom will not be disproportionate to the violations giving rise there to and will not involve any action prohibited by the Geneva Conventions of 1949 nor will such measures be continued after the violations have ceased. The United Kingdom will notify the Protecting Powers of any such formal warning given to an adverse party, and if that warning has been disregarded, of any measures taken as a result.* » Les réserves formulées peuvent être consultées at <http://www.icrc.org/dih.nsf/INTRO?OpenView>.

international, a engendré un accroissement du rôle de la réciprocité.<sup>1229</sup> Les belligérants ne sont pas sur un pied d'égalité, tant au niveau de leur ressources financières, qu'à l'échelle de leurs moyens technologiques : la partie faible, les rebelles, tentera de trouver des méthodes innovantes pour combler ce déséquilibre, parfois en violation des prescriptions du DIH.<sup>1230</sup> En réaction, les gouvernements officiels ne seront pas enclins à respecter les normes, ce qui va inéluctablement mener à une escalade de la violence et une négation du droit.<sup>1231</sup> Le droit humanitaire fonctionne sur la base de la non-réciprocité, si la symétrie entre les belligérants est présente et s'ils partagent les valeurs qui inspirent les règles de cet ensemble juridique. Malheureusement, l'illustration de la guerre contre le terrorisme démontre qu'une opposition idéologique et axiologique trop violente entre les ennemis entraîne le retour de la loi du Talion. Cet effet issu de cette nouvelle forme de lutte remet foncièrement en cause l'indérogeabilité du droit international humanitaire, mais, comme le dit le Professeur Provost, la réciprocité ne doit pas être entrevue comme une maladie à éradiquer, mais comme une manifestation normale présente dans un régime qui n'est pas assez stable pour fonctionner uniquement sur une réciprocité systémique.<sup>1232</sup> Et, concluons en rappelant que:

« (...) *the effectiveness of the system of IHL...depends in large measure- if not predominantly- upon the motivation of the parties to the conflict to abide by legal standards.* »<sup>1233</sup>

### *iii. La distinction entre le jus in bello et le jus ad bellum*

Hugo Grotius a été l'un des premiers auteurs à reconnaître que la justesse de la cause invoquée par un Etat pour déclencher une guerre ne doit pas influencer les droits et devoirs de belligérants.<sup>1234</sup> Le droit des conflits armés se doit d'être aveugle et ne pas distinguer entre l'agressé et l'agresseur. Le DIH s'applique de manière uniforme et égale à toutes les parties impliquées, indépendamment de la licéité du recours à la force initial. Les guerres font partie de la vie internationale et il existe inéluctablement un coupable: faire dépendre le *jus in bello* du *jus ad bellum* réduirait à néant la pertinence du premier. En procédant une séparation claire entre les corpus juridiques,

---

<sup>1229</sup> PROVOST, René, *International Human Rights and Humanitarian Law*,..., p. 162. L'auteur mentionne le cas des rebelles et des groupes de libération nationale.

<sup>1230</sup> Les rebelles ont tendance à se cacher parmi la population civile, en violation du principe de distinction, feindre d'avoir un statut protégé ou encore employer des boucliers humains et recourir à la méthode des attentats-suicide. SCHMITT, Michael N., « Asymmetrical Warfare and International Humanitarian Law », *Air Force Law Review*, vol. 62, 2008, pp. 13-15

<sup>1231</sup> Et inversement: « *Although these provisions are not contingent on reciprocity, and are binding unconditionally, it is scarcely realistic to expect governments to comply with their obligations (...) notwithstanding the fact the rebels are trampling under their foot.* », DINSTEIN, Yoram, « The International law of civil wars and human rights », *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 6, 1976, p. 67

<sup>1232</sup> PROVOST, René, *International Human Rights and Humanitarian Law*,..., p. 140

<sup>1233</sup> BIANCHI, Andrea, NAQVI, Yasmin, *International Humanitarian Law and Terrorism*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2011, p. 206

<sup>1234</sup> GROTIUS, Hugo, *De jure belli ac pacis*,..., Livre III, vol. 2.

l'indérogeabilité des normes du DIH est préservée. Le PAI est le premier instrument à matérialiser de manière explicite ce principe fondamental. Son Préambule proclame :

« ...Réaffirmant, en outre, que les dispositions des Conventions de Genève du 12 août 1949 et du présent Protocole doivent être pleinement appliquées en toutes circonstances à toutes les personnes protégées par ces instruments, sans aucune distinction défavorable fondée sur la nature ou l'origine du conflit armé ou sur les causes soutenues par les Parties au conflit, ou attribuées à celles-ci, ... »<sup>1235</sup>

Le Tribunal de Nuremberg, dans *l'affaire des Otages*, réitéra la non-pertinence de la nature licite ou illicite du recours à la force.<sup>1236</sup> Cette rupture engendre la prohibition absolue pour un belligérant de prendre des mesures de représailles, donc d'enfreindre le DIH, en réponse à une transgression préalable des règles du *jus ad bellum*. Par exemple, les justifications avancées par les Britanniques durant la Deuxième guerre mondiale, pour expliquer les violations des normes de la guerre maritime commises par leurs troupes, ne seraient plus des excuses acceptables aujourd'hui : ils avancèrent en effet, qu'il s'agissait d'une réaction aux agressions allemande et japonaise, qui avaient violé le *Pacte Briand-Kellogg*.

Il subsiste le fait que la partie agressée, ou qui se considère comme agressée, aura tendance à ne pas respecter les règles humanitaires. D'où la réapparition d'une forme nouvelle de la doctrine de la guerre juste, notamment face à des recours barbares et inhumains à la violence. « La guerre contre le terrorisme » illustre le fait que les Etats, subissant les assauts terroristes, ne répondent pas automatiquement dans les limites autorisées par le droit. La séparation parfaite entre le *jus ad bellum* et le *jus in bello* présuppose une communauté de valeurs :<sup>1237</sup> dès que deux ennemis s'affrontent sans partager de base morale et éthique commune, il semble que celui qui est la victime du recours à la force initial, va prendre les mesures nécessaires pour réparer le dommage subi, le plus souvent au mépris du DIH. De plus, l'*Avis consultatif sur la licéité des armes nucléaires* laisse planer l'hypothèse de pouvoir employer certains moyens illicites au regard du DIH, mais qui rempliraient les exigences du droit de recours à la force, même si la Cour a insisté

---

<sup>1235</sup> Cinquième considérant. Voir également le commentaire de l'article 1 commun aux CG, par exemple article 1 de la CG III: « Il en résulte très nettement que l'application de la Convention ne dépend pas du caractère juste ou injuste du conflit. Qu'il s'agisse d'une guerre d'agression ou non, les prisonniers de guerre ont droit au bénéfice de la Convention à quelque parti qu'ils appartiennent. », at <http://www.icrc.org/dih.nsf/WebPrint/375-590004-COM?OpenDocument>, consulté le 13 juin 2011. Et commentaire du Préambule du PAI, at <http://www.icrc.org/dih.nsf/COM/470-750002?OpenDocument>, consulté le 11 juin 2011.

<sup>1236</sup> *Trial of Wilhelm List and others, The Hostages Case*, Law Reports of Trials of War Criminals before Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law N° 10, février 1948, United Nations War Crimes Commission, 1950, Volume VIII, disponible at <http://lawofwar.org/List%20Case.htm>, consulté le 12 juin 2011

<sup>1237</sup> SCHMITT, Michael N., « Asymmetrical Warfare and International Humanitarian Law », ..., p. 43. Selon l'auteur, la non-réciprocité du DIH ne peut fonctionner uniquement, si les parties sont un pied d'égalité, au niveau militaire, technologique et qu'elles partagent des valeurs et intérêts communs. Meron soutient la même idée, MERON, Theodor, *The Humanization of International Law*, ..., p. 86. Il précise que cette asymétrie jouait un rôle dans le respect du DIH, ceci avant l'amplification du phénomène terroriste.

sur le devoir de respect du DIH, indépendamment de la *causa belli*.<sup>1238</sup> Plusieurs interprétations de l’Avis consultatif ont été présentées, notamment celle de Christopher Greenwood, qui demeure convaincu que la Cour n’a pas soumis le droit humanitaire au droit du recours à la force.<sup>1239</sup> Difficile de partager cette opinion, alors que l’emploi des armes nucléaires va à l’encontre de tous les principes fondamentaux du DIH et qu’il ne peut de ce fait, remplir les conditions de nécessité et de proportionnalité exigées par le droit à la légitime défense.

#### *iv. Des limitations et des exceptions expressément et exhaustivement prévues*

Le droit international humanitaire constitue un équilibre intégré entre les principes de nécessité militaire et d’humanité. Il s’ensuit que la nécessité fut dûment prise en compte lors de la rédaction des règles et qu’elle a été insérée dans certaines dispositions. En tant qu’élément constitutif des normes, et non extérieur à celles-ci, elle justifie quelques déviations, qui peuvent être commises par les Etats, en raison des exigences de la situation. Les tenants du droit humanitaire ne considèrent pas la nécessité militaire comme octroyant un droit de dérogation aux belligérants, mais plutôt comme une sorte de réserve, correspondant à un cas exceptionnel, que les traités internationaux ont pris en considération.<sup>1240</sup> Par conséquent, il n’existe pas d’exceptions ou de possibilités pour les parties contractantes de limiter ou de déroger à leurs engagements : les clauses échappatoires ont été exhaustivement et expressément prévues.

De nombreuses dispositions conventionnelles sont le résultat de ce compromis et peuvent être classées selon le degré de nécessité militaire exigé.<sup>1241</sup> Quelques articles prévoient uniquement des exceptions, généralement par l’emploi de l’expression « sauf en cas ». <sup>1242</sup> Ensuite, un grand

---

<sup>1238</sup> § 42 : « ...Mais, en même temps, un emploi de la force qui serait proportionné conformément au droit de la légitime défense doit, pour être licite, satisfaire aux exigences du droit applicable dans les conflits armés, dont en particulier les principes et règles du droit humanitaire. » Voir l’opinion dissidente du juge Higgins, p. 590. § 29 : « En évitant ainsi de se prononcer, la Cour laisse nécessairement ouverte la possibilité qu’un recours à l’arme nucléaire, contraire au droit humanitaire, soit néanmoins considéré comme licite. Elle est donc allée beaucoup plus loin que ne l’ont fait les Etats dotés de l’arme nucléaire qui se sont exprimés devant la Cour et qui ont pleinement admis que pour être licite la menace ou l’emploi d’armes nucléaires devait respecter aussi bien le *jus ad bellum* que le *jus in bello*. »

<sup>1239</sup> GREENWOOD, Christopher, « L’avis consultatif sur les armes nucléaires et la contribution de la Cour internationale de Justice au droit humanitaire », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, N° 823, 1997, pp. 80-81

<sup>1240</sup> RAUCH, Elmar, «Le concept de nécessité militaire dans le droit de la guerre», *Military Law and Law of War Review*, vol. 19, 1980, p. 215

<sup>1241</sup> Classification reprise de RAUCH, Elmar, «Le concept de nécessité militaire dans le droit de la guerre»,...

<sup>1242</sup> Par exemple, article 45§3 du PAI: «Toute personne qui, ayant pris part à des hostilités, n’a pas droit au statut de prisonnier de guerre et ne bénéficie pas d’un traitement plus favorable conformément à la IVe Convention a droit, en tout temps, à la protection de l’article 75 du présent Protocole. En territoire occupé, une telle personne, sauf si elle est détenue pour espionnage, bénéficie également, nonobstant les dispositions de l’article 5 de la IVe Convention, des droits de communication prévus par ladite Convention.»; Article 56§5 du PA I : « Les Parties au conflit s’efforceront de ne pas placer d’objectifs militaires à proximité des ouvrages ou installations mentionnés au paragraphe 1. Néanmoins, les installations établies à seule fin de défendre les ouvrages ou installations protégés contre les attaques sont autorisées et ne doivent pas être elles-mêmes l’objet d’attaques, à condition qu’elles ne soient pas utilisées dans

nombre de clauses autorise la possibilité d'alléger certaines obligations face à des situations de nécessité militaire simple, de raisons sécuritaires ou d'exigences militaires.<sup>1243</sup> Un plus grand degré de nécessité est exprimé par un langage qui reflète la gravité ou l'urgence : par exemple, l'article 11 de la *Convention de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflits armés* énonce « ...l'immunité d'un bien culturel sous protection spéciale ne peut être levée qu'en des cas exceptionnels de nécessité militaire inéluctable, et seulement aussi longtemps que cette nécessité militaire existe ».<sup>1244</sup> L'expression « nécessité militaire absolue » réduit la capacité des Etats de pouvoir limiter ou adapter leurs engagements. Cette condition se retrouve notamment à l'article 54 du *Règlement de La Haye de 1907* et aux articles 5, 42 et 53 de la CG IV. Finalement, il est des cas où d'impérieuses raisons militaires ou de sécurité rendent impossible l'exécution complète de l'obligation énoncée.<sup>1245</sup>

Trois remarques doivent être faites concernant ces diverses dispositions. Malgré qu'il soit soutenu que le droit humanitaire soit un ensemble de normes indérogeables, il est plus qu'évident que la faculté pour les parties contractantes de pouvoir aménager leurs obligations au gré des réalités du terrain équivaut quasiment dans les faits à leur accorder le pouvoir dérogoire, que les Etats possèdent en vertu des traités en matière de protection des droits de l'homme: d'ailleurs, le terme de dérogation apparaît même dans certaines dispositions.<sup>1246</sup> Alors que le PA I insiste sur le caractère contraignant du DIH et rejette de manière absolue la nécessité comme excuse aux violations,<sup>1247</sup> cette dernière est toujours présente dans l'esprit des textes. La seconde observation est relative à la définition large de la nécessité militaire, qui n'inclut pas uniquement des

---

*les hostilités, sauf pour les actions défensives nécessaires afin de répondre aux attaques contre les ouvrages ou installations protégés et que leur armement soit limité aux armes qui ne peuvent servir qu'à repousser une action ennemie contre les ouvrages ou installations protégés. »*

<sup>1243</sup> Voir : l'article 18 du *Code Lieber*, article 15 du *Règlement de La Haye de 1907*, article 108 de la CG IV : nécessité militaire ; articles 12 et 42 de la CG I, article 23 de la CG III, articles 16, 18, 27 et 30 de la CG IV : considérations militaires ; article 2 de la *Convention II de La Haye de 1907* : raisons militaires ; article 30 de la CG I : exigences militaires ; article 64 de la CG IV : s'il existe une menace pour la sécurité.

<sup>1244</sup> Article 58 des *Règles concernant le contrôle de la radiotélégraphie en temps de guerre et la guerre aérienne fixées par une Commission de Juristes à La Haye*, décembre 1922 - février 1923 : « Dans tous les cas autres que ceux mentionnés ci-dessus, un aéronef privé neutre ne pourra être détruit que s'il existe une nécessité militaire d'extrême urgence, ne permettant pas au commandant de le relâcher ou de le renvoyer devant le tribunal des prises pour jugement. » ; articles 33 et 34 de la CG I et 27 de la CG II : nécessité militaire urgente.

<sup>1245</sup> Article 23 (g) du *Règlement de La Haye de 1907* : « sauf les cas où ces saisies seraient impérieusement commandées par les nécessités de la guerre. » ; article 47, 120 et 126 de la CG III ; articles 49, 55, 78 de la CG IV ; articles 54§5, 62§1, 67§4, 71§3 du PA I.

<sup>1246</sup> Article 54§5 du PA I, article 4§2 de la *Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels* et article 6 de son *Protocole*.

<sup>1247</sup> Article 1§1 du PAI : « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à respecter et à faire respecter le présent Protocole en toutes circonstances. » et 51§1 : « La population civile et les personnes civiles jouissent d'une protection générale contre les dangers résultant d'opérations militaires. En vue de rendre cette protection effective, les règles suivantes, qui s'ajoutent aux autres règles du droit international applicable, doivent être observées en toutes circonstances. »

considérations d'avantage militaire ou de considérations stratégiques, mais également des références générales à la sécurité du belligérant, ainsi qu'à des questions d'hygiène, de santé et d'ordre public.<sup>1248</sup> Il s'agit d'une conception extensive de la nécessité, qui dépasse le cadre des hostilités et qui laisse, par conséquent, une grande marge d'interprétation. La nécessité devient alors un concept facilement manipulable, qui peut servir de justification aux abus et aux violations des règles. De plus, cet élément de nécessité, implique une appréciation subjective. L'emploi des expressions suivantes permet à l'autorité qui procède à l'évaluation de la situation de décider quasi-unilatéralement du sens qu'il veut donner à ces termes, vu qu'aucune définition précise n'en est donnée: efforts ou précautions raisonnables,<sup>1249</sup> sauf s'il est indispensable,<sup>1250</sup> en raison de la nature des hostilités,<sup>1251</sup> si les circonstances le permettent,<sup>1252</sup> pour des raisons de sécurité,<sup>1253</sup> conformément à leurs règles de sécurité,<sup>1254</sup> ce qui est pratiquement possible.<sup>1255</sup> Finalement, la nature indérogable des normes et principes du droit des conflits armés, censés être un « *ensemble de normes objectives dont l'application est inconditionnée* »,<sup>1256</sup> est difficilement défendable devant la multitude de possibilités offertes aux parties liées par les conventions de pouvoir concilier leurs devoirs avec leurs intérêts. Cette constatation est valable aussi bien pour les règles du droit de Genève, que celles relatives à l'usage des moyens et méthodes de guerre, même s'il est vrai que les standards à visée purement humanitaire comportent moins d'échappatoires. L'indérogabilité du droit humanitaire n'est donc pas absolue, contrairement à l'opinion répandue au sein de la communauté des humanitaires. Cela ne signifie pas que celle-ci ne soit pas dotée de

---

<sup>1248</sup> Articles 120§5 de la CG III : hygiène ; article 8 de la CG III et les dispositions sur la CG IV sur les territoires occupés : sécurité de l'Etat et de la puissance occupante ; article 47 de la CG III : sécurité du prisonnier de guerre.

<sup>1249</sup> Articles 27§2, 31§2, 57§4 du PAI.

<sup>1250</sup> Article 30§2 du PAI.

<sup>1251</sup> Article 44§3 du PAI.

<sup>1252</sup> Articles 33§1 et 57§2 (c) du PAI.

<sup>1253</sup> Article 63§3 du PAI.

<sup>1254</sup> Article 74 du PAI.

<sup>1255</sup> Articles 56§2, 57§2, 58 du PAI. Voir la réserve du Royaume-Uni au PAI : « (b) *The United Kingdom understands the term "feasible" as used in the Protocol to mean that which is practicable or practically possible, taking into account all circumstances ruling at the time, including humanitarian and military considerations.* » Et voir le commentaire du PAI par le CICR: « *Les mots « tout ce qui est pratiquement possible » ont fait l'objet de longues discussions. Des délégations ont précisé, lors de l'adoption de l'article, qu'elles les entendaient comme signifiant: tout ce qui est faisable ou pratiquement faisable, compte tenu de toutes les circonstances au moment de l'attaque, y compris celles qui sont liées au succès des opérations militaires. Cette dernière formule paraît trop large devant les exigences du présent article. Il y aurait lieu de craindre qu'en invoquant, en général, le succès des opérations militaires, on en vienne à négliger les devoirs humanitaires ici prescrits. Là encore, l'interprétation sera une question de bon sens et de bonne foi. Ce qu'on demande à celui qui lance une offensive, c'est de prendre en temps utile les mesures d'identification nécessaires, afin d'épargner, autant que possible, la population. On ne voit pas en quoi le succès des opérations militaires en serait compromis.* » Finalement, une définition du terme « possible » est apparue dans le *Protocole II sur l'interdiction de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs du 10 octobre 1980*, article 3§4 : « *Par précautions possibles, on entend les précautions qui sont praticables ou qu'il est pratiquement possible de prendre eu égard à toutes les conditions du moment, notamment aux considérations d'ordre humanitaire et d'ordre militaire.* » Egalement dans le *Protocole III sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des armes incendiaires du 10 octobre 1980*, article 1§5.

<sup>1256</sup> PICTET, Jean, *Développement et principes du droit international humanitaire*, Paris, Pedone, 1970, p. 338

fonctions importantes en droit international humanitaire. Certaines dispositions des Conventions de Genève et des Protocoles Additionnels fournissent également des bases juridiques fondant la dimension singulière de ce domaine. La section subséquente tentera d'en faire l'examen le plus rigoureux possible.

## **b. Dispositions spécifiques**

### *i. L'article 1 commun aux CG: l'obligation de respecter et de faire respecter*

L'article 1 commun aux Conventions de Genève constitue une clause unique en droit international, qui tend à mettre en exergue la fondamentale des obligations issues de celles-ci :

*« Les Hautes Parties contractantes s'engagent à respecter et à faire respecter la présente Convention en toutes circonstances. »*<sup>1257</sup>

Selon le commentaire des CG, il s'agirait d'un article quasi-constitutionnel, qui engendrerait le caractère inconditionnel, absolu et non réciproque des Conventions.<sup>1258</sup> Il est vrai que de par son langage, la clause confère une valeur renforcée à l'instrument dans lequel elle est incluse. La Cour internationale de Justice a affirmé que l'article 1 avait acquis une valeur coutumière et, par conséquent, lierait toute entité, étatique ou non, impliquée dans un conflit armé, international ou interne.<sup>1259</sup>

Cette disposition se décompose en trois éléments distincts: le devoir de respect et celui de faire respecter les CG, et ceci en toutes circonstances. Ces derniers mots expriment l'idée que les CG et

---

<sup>1257</sup> *Idem*, articles 1§1 du PAI, développé par l'article 80 « Mesures d'exécution » et 1§3 du PA III relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel, du 8 décembre 2005. Le PAII n'énonce pas cette obligation, mais en tant que développement de l'article 3 commun, il est aussi concerné par l'obligation issue de l'article 1. Notons qu'aucun Etat n'a fait de réserve ou de déclaration interprétative à l'article 1. Les origines de la clause remontent aux CG de 1929, respectivement, articles 25§1 et 82§1 : « *Les dispositions de la présente Convention devront être respectées par les Hautes Parties Contractantes en toutes circonstances.* » Formulation également présente dans la *Convention relative aux droits de l'enfant*, à son article 38§1.

<sup>1258</sup> Voir par exemple, commentaire de l'article 1, CG I, at <http://www.icrc.org/dih.nsf/COM/365-570004?OpenDocument>, consulté le 13 juin 2011. Et : BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, CONDORELLI, Luigi,, « Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de respecter et faire respecter le droit international humanitaire en toutes circonstances », in SWINARSKI, Christophe, (Ed.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge/Studies and essays on international humanitarian law and Red Cross principles, en l'honneur de/in honour of Jean Pictet*, Genève/La Haye, CICR/Martinius Nijhoff, 1984, p. 18

<sup>1259</sup> « *La Cour considère que les Etats-Unis ont l'obligation, selon les termes de l'article premier des quatre conventions de Genève, de respecter et même de faire respecter ces conventions en toutes circonstances, car une telle obligation ne découle pas seulement des conventions elles-mêmes, mais des principes généraux du droit humanitaire dont les conventions ne sont que l'expression concrète.* », *affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Nicaragua vs. Etats-Unis d'Amérique, CIJ, Recueil C.I.J 1986, Fond, arrêt du 27 juin 1986, § 220, p. 114. Le commentaire de l'article 1 va même plus loin en affirmant que : « *...loin d'être une simple clause de style, [elle] a été volontairement revêtu d'un caractère impératif.* » Le caractère coutumier est réaffirmé dans *l'Etude sur le droit humanitaire coutumier*, DOSWALD-BECK, Louise, HENCKAERTS, Jean-Marie, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 651-655.

L'étude est disponible at [http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/pcustom/\\$File/ICRC\\_001\\_PCUSTOM.PDF](http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/pcustom/$File/ICRC_001_PCUSTOM.PDF), consultée le 14 juin 2011.

les PA s'appliquent à toute entité impliquée dans le conflit et liée par les instruments et sur l'ensemble du territoire concerné, dès que les conditions d'applicabilité sont réunies, et qu'aucune raison ne peut être invoquée par les parties pour se soustraire à leurs obligations. Ils ne peuvent y déroger.<sup>1260</sup> « En toutes circonstances » comprend aussi les obligations qui doivent être mises en œuvre en temps de paix. L'obligation de respect n'implique pas une dimension particulière, le DIH étant un corpus juridiquement contraignant. Tout Etat, lorsqu'il ratifie un traité, s'engage à l'observer de bonne foi dès son entrée en vigueur, ce qui lui impose également de prendre des mesures positives.<sup>1261</sup> L'obligation de faire respecter les Conventions représente une formulation quasi-inédite, car elle engendrerait des conséquences pour les Etats tiers, à savoir les Etats non-directement affectés par les hostilités.

Tout Etat partie aux CG devrait entreprendre toutes les actions possibles, au niveau interne et international, pour que « *les principes humanitaires qui sont à la base de [ces] Conventions soient universellement appliqués* », et en cas de non-observation, ramener les parties violatrices au respect de ces dernières.<sup>1262</sup> Selon les interprétations les plus extensives de l'article, celles notamment émises par le CICR et exprimées dans ses commentaires récents,<sup>1263</sup> cela signifierait

---

<sup>1260</sup> Article 2 des CG et 3 du PAI.

De plus, les parties sont liées, même si un belligérant n'est pas partie aux Conventions.

<sup>1261</sup> Article 26 de la *Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités*, ou principe *acta sunt servanda*.

<sup>1262</sup> *Projets de Conventions révisées ou nouvelles protégeant les victimes de la guerre*, XVII<sup>ème</sup> Conférence Internationale de la Croix-Rouge, Stockholm, août 1948, Genève, CICR, 1948, 2<sup>ème</sup> Edition, p. 5. L'article 80 du PA I explicite cette idée : « Mesures d'exécution - 1. *Les Hautes Parties contractantes et les Parties au conflit prendront sans délai toutes les mesures nécessaires pour exécuter les obligations qui leur incombent en vertu des Conventions et du présent Protocole.* 2. *Les Hautes Parties contractantes et les Parties au conflit donneront des ordres et des instructions propres à assurer le respect des Conventions et du présent Protocole et en surveilleront l'exécution.* »

Et : Commentaire du Préambule du PAI : « *Si une autre Puissance manque à ses obligations, chaque Partie contractante (neutre, alliée ou ennemie) doit chercher à la ramener au respect de la Convention. Le système de protection prévu exige en effet, pour être efficace, que les Etats Parties à la Convention ne se bornent pas à l'appliquer mais encore fassent tout ce qui est en leur pouvoir pour en assurer le respect universel.* »

<sup>1263</sup> Fortement influencés par l'*Avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur les réserves à la Convention pour la prévention et la répression du génocide*, du 28 mai 1951, Recueil C.I.J. 1951, p. 23.

Voir également, BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, CONDORELLI, Luigi, « Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de respecter et faire respecter le droit international humanitaire en toutes circonstances », in SWINARSKI, Christophe, (Ed.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge/Studies and essays on international humanitarian law and Red Cross principles...* ; BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, CONDORELLI, Luigi, « Common Article 1 of the Geneva Conventions revisited : Protecting Collective Interests », *International Review of the Red Cross*, N° 837, 2000, pp. 67-87, CASSESE, Antonio, « Remarks on the present legal regulation of crimes of States », in CASSESE, Antonio, *The Human Dimension of International Law, Selected Papers*, Oxford, Oxford, University Press, 2008, p. 409

Et commentaire de l'article 1 CG : « *La formule [faire respecter] peut sembler pléonastique : lorsqu'un Etat s'engage à quelque chose, il oblige par là-même tous ceux sur qui il a autorité ou qui représentent son autorité ; il s'oblige à donner les ordres nécessaires. Cependant, c'est à dessein qu'on a employé cette formule, destinée à renforcer la responsabilité des Parties contractantes. Ainsi, un Etat ne pourrait pas se contenter de donner des ordres ou des directives à quelques tenants de l'autorité civile ou militaire, laissant ceux-ci pourvoir à leur guise aux détails d'exécution. Il doit surveiller cette exécution. De plus, s'il veut tenir son engagement solennel, il doit nécessairement préparer d'avance, c'est-à-dire dès le temps de paix, les moyens juridiques, matériels ou autres permettant, le moment venu, d'assurer une application loyale. Ainsi encore, si une Puissance manque à ses obligations, **les autres Parties contractantes (neutres, alliées ou ennemies) peuvent-elles - et doivent-elles - chercher à la ramener au respect de la***

que chaque Etat partie posséderait un droit l'autorisant à réagir aux violations des CG, ainsi qu'à demander leur cessation et une réparation pour les dommages commis, même si l'Etat n'en est pas la victime directe. Les Etats seraient en outre interdits d'encourager les transgressions.<sup>1264</sup> Cette lecture est souvent justifiée par le principe interprétatif de l'effet utile, selon lequel, en cas de doute, il faut interpréter la norme de manière à lui donner le sens qui lui donne de la plus grande portée possible au regard de son objectif.<sup>1265</sup>

Toute Haute partie contractante aurait un intérêt juridique à voir le DIH respecté de manière universelle et à exiger son respect, car celui-ci énonce des règles qui protègent des aspirations supérieures et des valeurs partagées par l'ensemble de la communauté internationale. De là naîtrait, une responsabilité objective et collective: les obligations issues des Conventions et des Protocoles acquerraient logiquement une nature *erga omnes partes*, chaque Etat partie s'engageant envers lui-même et envers tous les autres.<sup>1266</sup> Comme si l'article 1 créait un droit impératif et universel pour les Etats parties, les prohibant absolument de déroger aux normes et leur imposant de ne pas tolérer les transgressions.

---

**Convention.** [Nous soulignons]» Rappelons que les commentaires ont évolué au fil des années et ne font que rarement référence à l'histoire et l'élaboration de l'article 1. Le commentaire de l'article 1 du PAI conforte la position traditionnelle du CICR. L'article 1 créerait une réelle obligation pour les tiers d'agir à l'encontre des responsables des violations : « *La Conférence a ainsi clairement manifesté que le droit humanitaire crée, pour chaque Etat, des obligations envers la communauté internationale dans son ensemble (erga omnes); chacun de ses membres, vu l'importance des droits en cause, peut être considéré comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés.* »

<sup>1264</sup> Toutefois : « *Le droit international coutumier ne connaît pas le délit d'encouragement. Il semble qu'aucun Etat n'ait jamais été tenu responsable d'avoir violé les conventions de Genève de 1949 relatives à la protection des victimes des conflits armés au motif qu'il aurait prôné des actes contraires au droit humanitaire, bien qu'on puisse raisonnablement soutenir qu'un Etat qui encourage à commettre des violations ne fait pas respecter les conventions de Genève comme il y est tenu par les dispositions de celles-ci.* », Opinion dissidente du juge Schwebel dans *affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Nicaragua vs. Etats-Unis d'Amérique, CIJ, Recueil C.I.J 1986, Fond, arrêt du 27 juin 1986, § 259

<sup>1265</sup> FOCARELLI, Carlo, «Common Article 1 of the 1949 Geneva Conventions: A Soap Bubble», *European Journal of International Law*, vol. 21, N° 1, 2010, p. 128

<sup>1266</sup> Commentaire article 1 des CG: « *L'objet de la Convention est si nécessaire au maintien de la civilisation, qu'on éprouve le besoin de le proclamer, autant pour le respect qu'on lui porte que pour celui que l'on attend de tous.* » ; Commentaire article 7 CG IV : « *L'application régulière de la Convention, en effet, est non seulement l'affaire des belligérants, mais elle intéresse l'ensemble de la communauté des Etats et des peuples liés par cette Convention.* »

Voir aussi le Préambule de la *Résolution de Téhéran, Respect des droits de l'homme en période de conflit armé, Résolution XXIII* adoptée par la Conférence internationale des droits de l'homme, Téhéran, 12 mai 1968. : « *Constatant que les Etats parties aux Conventions de Genève de la Croix-Rouge n'ont pas toujours conscience de la responsabilité qui leur incombe de prendre les mesures nécessaires pour faire respecter ces règles humanitaires en toutes circonstances par les autres Etats même s'ils ne sont pas eux-mêmes directement impliqués dans un conflit armé.* » Egalement, la Résolution 681 du CdS du 20 décembre 1990 : « §5. *Demande aux Hautes Parties contractantes à ladite Convention [CG IV] de veiller à ce qu'Israël, puissance occupante, s'acquitte des obligations qu'il a contractées aux termes de l'article 1 de la Convention (...)* » *Idem* dans la Résolution 45/69 de l'Assemblée générale du 6 décembre 1990, §3 et la Résolution 59/122 du 10 décembre 2004, §3 ; Résolution de la Commission des droits de l'homme 1992/ du 14 février 1992, §2.

« *Most of the rules of IHL wave a net of joint and complementary duties binding on all States in conflict and third States together in the aim of achieving a peremptory goal of solidarity, that is the safeguarding universal values and fundamental interests in favour of the protected persons...* »<sup>1267</sup>

Deux problèmes majeurs se posent relativement à cette interprétation extensive. Premièrement, la lecture des travaux préparatoires des CG, en tant que moyens auxiliaires d'interprétation, révèlent que cet article concernait le devoir de l'Etat partie impliqué dans un conflit, de garantir que l'ensemble des individus soumis à son contrôle et à sa juridiction- organes étatiques et non-étatiques, militaires et civils- respectent le DIH. Les gouvernements qui signent les CG s'engagent en tant qu'autorités officielles, mais engagent aussi l'ensemble de leur population, y compris les rebelles lors de conflits non-internationaux.<sup>1268</sup> L'Etat se doit de prendre des mesures préventives en temps de paix et des mesures au cours des hostilités, notamment prévenir les infractions et punir les responsables des violations.<sup>1269</sup> En aucun cas, l'article ne fut pensé par les rédacteurs comme supposant une obligation pour les Etats tiers de devoir forcer le respect par les autres parties. De plus, son contenu est trop vague pour générer des effets sur la responsabilité des Etats, en cas de non-observation de leur obligation de faire respecter les Conventions. Ceci est d'ailleurs confirmé par les premiers commentaires des CG et par la signification donnée à l'expression « assurer le respect » dans les divers manuels militaires nationaux.<sup>1270</sup>

Ensuite, la pratique étatique est rare: certains auteurs maintiennent que l'acquiescement, le manque d'opposition et la réitération de l'article dans certains instruments sont des éléments qui

---

<sup>1267</sup> BENVENUTI, Paolo, «Ensuring Observance of International Humanitarian Law: Function, Extent and Limits of the Obligation of Third States to Ensure Respect of IHL», *Yearbook of the Institute of International Humanitarian Law*, International Institute of Humanitarian Law, 1989-1990, p. 31

<sup>1268</sup> PILLOUD, Claude, « Documentation à l'intention des participants à la séance du 25 août 1847 », note du 18 août 1947. Egalement : « *First because the humanitarian provisions of the Geneva Conventions are of super-contractual character; and also, and more particularly, because the Contracting Parties undertake not only to respect them, but to ensure respect for them, an article providing for their dissemination among the population through instruction. Therefore the rebels are a part of the population in revolt of the Contracting States.*», DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Paul, Délégué de Monaco, Rapport Final de la Conférence de Genève de 1949, vol. II B, p. 79, 24<sup>ème</sup> réunion, 15 juin 1949.

<sup>1269</sup> D'où les obligations de diffusion, d'exécution, d'adoption de lois nationales pour se conformer aux CG, de répression et de contrôle : voir les chapitres VIII et IX de la CG I, les titres VII et VIII de la CG II, VI de la CG III, IV de la CG IV, titre V du PAI, titre V du PAII. L'article 1 commun s'apparente à l'article 1 de la CEDH : «*Obligation de respecter les droits de l'homme : Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention...*» Voir aussi, *European Union Guidelines on promoting compliance with international humanitarian law (IHL)*, (2005/C 327/04), 23 décembre 2005, qui liste une série de mesures pouvant être entreprises par les Etats tiers en cas de violations.

<sup>1270</sup> Voir, FOCARELLI, Carlo, «Common Article 1 of the 1949 Geneva Conventions: A Soap Bubble»,..., pp. 143-144. Et: «...*there are certain rights in which, by reason of their importance "all states have a legal interest in their protection". It has nothing to do with imposing substantive obligations on third parties to a case.* », Opinion individuelle du juge Rosalyn Higgins, *Conséquences juridiques de l'édification d'un Mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J. 2004, 9 juillet 2004, § 37, p. 216 ; et l'Opinion individuelle du juge Kooijmans dans le même Avis, qui, se basant sur les *Articles relatifs à la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, n'accepte pas que la nature *erga omnes* d'une norme puisse engendrer automatiquement des obligations pour les Etats tiers, § 40.

soutiennent cette interprétation extensive.<sup>1271</sup> Même si tel fut été le cas ou si le sens de l'article eut été modifié par la pratique subséquente, le contenu de l'obligation de faire respecter n'est toujours pas l'objet d'un consensus général. Les droits et obligations des tiers, ainsi que les mesures qui peuvent être entreprises face à des violations, n'ont jamais été définies avec précision. Certes, certaines actions sont interdites, comme les représailles, les violations des instruments de droit humanitaire et toute mesure d'ingérence dans les affaires intérieures ou tout recours à la force contraire à la *Charte des Nations Unies*. Certains devoirs sont explicités : recourir aux services des puissances protectrices ou de leurs substituts (articles 8/8/8/9 des CG et 5 du PAI), accorder toutes les facilités au CICR pour lui permettre d'assumer ses tâches (article 81 du PAI),<sup>1272</sup> réprimer les infractions graves ou encore coopérer avec les Nations Unies en cas de violations graves (article 89 du PAI). Les CG et les PA prévoient aussi des mesures optionnelles, qui peuvent être mises en œuvre par les Etats pour aider les autres parties à respecter le DIH : offrir leurs services de secours (article 70 du PAI), leur fournir des conseillers juridiques, former les juristes du pays, organiser des conférences (articles 7 du PAI), entre autres. Finalement, des moyens facultatifs sont mis à disposition des Etats parties : la mise en place d'une Commission d'établissement des faits (article 90), uniquement pour les cas de violations ou d'infractions graves, la possibilité de placer des observateurs neutres sur le terrain (article 31 §4 et 38 § 2 de la CG II), la faculté de proposer son concours pour l'hospitalisation ou le rapatriement des prisonniers (articles 109§2 et 111 de la CG III). Toutefois, ces mesures demeurent dépendantes du consentement des Etats.<sup>1273</sup>

Une autre question se pose: la disposition engendre-t-elle une réelle obligation juridique d'agir ou uniquement une possibilité pour les Etats parties de réagir, s'ils en ont la volonté et la capacité?<sup>1274</sup> L'article 1<sup>er</sup> crée une obligation de comportement: les parties se doivent de réagir lorsque des violations sont commises. Ils sont libres de choisir les mesures utiles afin de remplir cette obligation, tant que celles-ci sont autorisées ou prévues par les textes ou le droit international

---

<sup>1271</sup> BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, CONDORELLI, Luigi,, « Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de respecter et faire respecter le droit international humanitaire en toutes circonstances », in SWINARSKI, Christophe, (Ed.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge/Studies and essays on international humanitarian law and Red Cross principles*,... pp. 26-29

<sup>1272</sup> Egalement, article 59 de la CG IV : « Lorsque la population d'un territoire occupé ou une partie de celle-ci est insuffisamment approvisionnée, la Puissance occupante acceptera les actions de secours faites en faveur de cette population et les facilitera dans toute la mesure de ses moyens... »

<sup>1273</sup> Sur cette question, voir, PALWANKAR, Umesh, « Measures available to States for fulfilling their obligations to ensure respect for international humanitarian law », *International Review of the Red Cross*, vol. 298, 1994, pp. 9-26

<sup>1274</sup> Voir la différence entre le commentaire de la CG III : « ...si une autre Puissance manque à ses obligations, chaque Partie contractante (neutre, alliée ou ennemie) doit chercher à la ramener au respect de la Convention. » ; et les commentaires des autres CG qui disent : « Ainsi encore, si une Puissance manque à ses obligations, les autres Parties contractantes (neutres, alliées ou ennemies) peuvent-elles - et doivent-elles - chercher à la ramener au respect de la Convention. »

général,<sup>1275</sup> mais en aucun cas une obligation rigide de résultats leur est imposée ; ceci relèverait en effet de l'utopie.<sup>1276</sup> L'article 1, agissant comme un incitant d'ordre moral, encourage les Etats tiers à adopter une position plus active.<sup>1277</sup> L'absence de pratique en la matière démontre que l'article 1 ne crée pas une obligation juridique stricte pour les Etats de garantir que les belligérants respectent les CG, d'où la conclusion d'Yves Sandoz :

« (...) A cet égard, il paraît bien qu'on en peut guère y voir davantage qu'une obligation pour chaque Etat partie, d'examiner de bonne foi les moyens diplomatiques ou juridiques propres à amener les parties directement concernées à respecter leurs obligations, et dans la mesure des possibilités, une incitation à utiliser de tels moyens... »<sup>1278</sup>

Malgré les appels répétés du CICR et des organes internationaux demandant aux Etats de faire respecter le DIH, aucun de ceux-ci n'a jamais été condamné pour ne pas avoir agi.<sup>1279</sup> L'article 1 commun aux CG est effectivement une disposition qui met en lumière l'importance des obligations humanitaires et le besoin de protection renforcée de celles-ci. Il constitue également une tentative

---

<sup>1275</sup> Les mesures relatives au règlement pacifique des différends, des actions de dénonciation publique, d'indignation et de pression diplomatique, des contre-mesures licites ou de rétorsion (expulsion de diplomates, rupture des relations diplomatiques, réduction de l'assistance et de la coopération, rupture des relations commerciales...) Les Etats peuvent aussi demander un avis consultatif à la CIJ ou attirer l'attention du CdS ou de l'AG en vertu de l'article 35 de la *Charte des Nations Unies*, afin que ceux-ci prennent des mesures; ou déférer la situation à la Cour pénale internationale, en vertu de l'article 13§a du Statut de Rome.

<sup>1276</sup> Sinon, la situation créée par une violation serait absurde : à chaque cas de transgression, toute partie devrait prendre toutes les mesures nécessaires contre l'Etat coupable, sinon, elle violerait l'article 1 : «...on se trouve face à une situation quelque peu complexe, qui revient à faire admettre une responsabilité solidaire des Etats parties aux Conventions de Genève. En effet, ceux-ci, s'ils ne réagissent pas à une violation, par n'importe quel Etat d'une des dispositions des Conventions, se trouvent également en contravention avec leur obligation de faire respecter de l'article premier. Ils ne respectent donc pas le droit humanitaire, et tout autre Etat partie à la Convention violée, peut dans le but de remplir sa propre obligation de faire respecter agir à leur égard. », LEVRAT, Nicolas, « Les conséquences de l'engagement pris par les Hautes Parties Contractantes de «faire respecter» les Conventions humanitaires », in KALSHOVEN, Frits, SANDOZ, Yves, (Eds.), *Implementation of International Humanitarian Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, p. 275.

<sup>1277</sup> KALSHOVEN, Frits, «The Undertaking to Respect and Ensure Respect in all Circumstances: From tiny Seed to ripening Fruit», *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 2, 1999, p. 33.

«(...) common article 1 is no more than a reminder of all obligations, negative and positive, to respect the Geneva Conventions which has progressively acquired an unspecified recommendatory meaning for contracting states to adopt lawful measures to induce other contracting states to comply with the Conventions.», FOCARELLI, Carlo, «Common Article 1 of the 1949 Geneva Conventions: A Soap Bubble»,..., p. 171

<sup>1278</sup> SANDOZ Yves, « Appel du CICR dans le cadre du conflit entre l'Iran et l'Irak », *Annuaire français de droit international*, 1983, vol. 29, p. 167. Le Professeur Gasser comprend l'article 1 comme une obligation d'assurer le respect, mais il laisse le choix des moyens aux Etats. Les Etats ont le devoir d'observer cet engagement, ainsi qu'un intérêt juridique et politique. Alors même s'il est difficile, à son avis, de soutenir que les Etats ont une réelle obligation juridique de prendre des mesures, l'article concrétise un engagement moral, qui peut se révéler être aussi contraignant qu'une règle de droit. GASSER, Hans-Peter, « Ensuring Respect for the Geneva Conventions and Protocols: The Role of Third States and the United Nations », in FOX, Hazel, MEYER, Michael A., (Eds.), *Effecting Compliance. Armed Conflict and the New Law*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 1993, p. 32 et p. 48

<sup>1279</sup> Conseil de sécurité : voir les Résolutions 681 de 1990, 788 du 19 novembre 1992, 822 du 30 avril 1993, 834 du 1 juin 1993 ; Assemblée générale : Résolutions 2853 du 20 décembre 1971, ES-10/2 du 5 mai 1997, ES-10/3 du 30 juillet 1997, ES-10/4 du 19 novembre 1997, ES-10/6 du 24 février 1999 ; Résolution S-9/1 du 12 janvier 2009 du Conseil des droits de l'Homme relative à l'occupation de Gaza ; Appels du CICR dans les conflits entre la Rhodésie et le Zimbabwe en 1979, entre l'Iran et l'Irak en 1983 et lors de la guerre en Bosnie-Herzégovine en 1992 ; *Declaration of the High Contracting Parties to the Fourth Geneva Convention*, 5 décembre 2001, disponible at <http://www.globalpolicy.org/component/content/article/189/37971.html>, consulté le 23 juin 2011. La plupart de ces résolutions sont uniquement recommandataires. Si les Etats agissent en vertu d'une résolution contraignante du CdS, ils le font sur la base de la *Charte des Nations Unies* et non, en vertu de l'article 1 des CG.

de créer un mécanisme de mise en œuvre d'intérêts et de valeurs collectifs. Cependant, les Etats tiers n'agissent pas ou peu, afin d'observer leur devoir de « faire respecter », même s'ils n'ont jamais objecté frontalement à l'insertion de l'article 1 dans les CG et aux interprétations qui en ont été données par la suite.<sup>1280</sup> En outre, l'importance des stratégies interprétatives et leur influence sur le débat doctrinal ont été démontrées: conçu initialement de manière restrictive, l'article 1 a vu son champ d'application s'étendre jusqu'à imposer des contraintes quasi-irréalisables aux parties. L'article 1 commun véhicule une forme d'indérogeabilité, davantage symbolique et morale, qui ne se révèle pas d'une grande opérationnalité pratique.

*ii. L'interdiction de conclure des accords contraires: les articles 6/6/6/7 des CG*

L'indérogeabilité, telle que définie dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités* de 1969 dans son article relatif au *jus cogens*, interdit aux Etats de conclure des accords contraires, sous peine d'être frappés de nullité. Les *Conventions de Genève de 1949* incluent une disposition intitulée « accords spéciaux », qui peut être rapprochée de l'article 53 de la *CVDT*, car elle retire à l'Etat son pouvoir de contracter librement :

*« En dehors des accords expressément prévus par les articles 10, 15, 23, 28, 31, 36, 37 et 52, les Hautes Parties contractantes pourront conclure d'autres accords spéciaux sur toute question qu'il leur paraîtrait opportun de régler particulièrement. Aucun accord spécial ne pourra porter préjudice à la situation des blessés et malades, ainsi que des membres du personnel sanitaire et religieux, telle qu'elle est réglée par la présente Convention, ni restreindre les droits que celle-ci leur accorde.*

*Les blessés et malades, ainsi que les membres du personnel sanitaire et religieux, resteront au bénéfice de ces accords aussi longtemps que la Convention leur est applicable, sauf stipulations contraires contenues expressément dans les susdits accords ou dans des accords ultérieurs, ou également sauf mesures plus favorables prises à leur égard par l'une ou l'autre des Parties au conflit. »*<sup>1281</sup>

Les Etats parties ne peuvent supprimer des droits, qui ont été conventionnellement octroyés aux personnes protégées. Il s'agit d'interdire toute dérogation par entente entre les parties. L'analogie avec les normes de *jus cogens* est évidente, car tout accord limitant ces droits seront nuls et ne produiront aucun effet juridique. Cet article prohibitif confère une indérogeabilité particulière aux

---

<sup>1280</sup> En outre, signalons que la CIJ a fait une référence directe à l'article 1 dans son *Avis sur les Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J. 2004, 9 juillet 2004, § 158, mais n'a pas demandé aux Etats tiers de prendre des mesures actives à l'encontre d'Israël. Voir également l'opinion séparée du juge Kooijmans aux §§49-50, qui n'envisage que des démarches diplomatiques.

<sup>1281</sup> Articles 6/6/6/7 respectivement, le second alinéa étant adapté à la catégorie d'individus spécialement visés. La *CG de 1929 relative au traitement des prisonniers de guerre* incluait certaines dispositions permettant de conclure des accords spéciaux, mais uniquement dans le but d'améliorer le sort des captifs. Ces articles furent insérés dans les CG de 1949, en réaction aux accords conclus en l'Allemagne nazie et le gouvernement de Vichy (Scapini - Hitler, novembre 1940 et accords Laval - Sauckel, avril 1943) et le gouvernement italien, qui ont privé les prisonniers de guerre de certains de leurs droits, dont ils bénéficiaient en vertu de la CG de 1929, notamment, l'article 31 : « *Les travaux fournis par les prisonniers de guerre n'auront aucun rapport direct avec les opérations de la guerre. En particulier, il est interdit d'employer des prisonniers à la fabrication et au transport d'armes ou de munitions de toute nature, ainsi qu'au transport de matériel destiné à des unités combattantes.* »

Conventions: les dérogations négatives sont prohibées, à savoir celles qui suppriment ou restreignent les garanties protectrices, mais tout arrangement ou accord spécial, qui vise à accorder davantage de droits aux victimes des conflits est permis et même encouragé, car la protection prévue par les CG constitue un seuil minimum à dépasser dans la mesure du possible.<sup>1282</sup> La nature de la dérogation et sa compatibilité avec l'objectif et le but des CG, et non le préjudice concret pouvant être potentiellement causé, constituent par conséquent les critères qui permettent de déterminer si l'accord spécial est licite ou non.<sup>1283</sup> L'article 47 de la CG IV confirme l'interdiction de tout accord entre les autorités du territoire occupé et la puissance occupante visant à restreindre les droits et garanties des populations sous occupation.<sup>1284</sup> Cette clause de sauvegarde est une application de l'article 7 de cette même convention, mais, au vu du « *danger de voir la Puissance occupante contraindre la Puissance dont elle occupe le territoire à conclure des accords portant préjudice à la situation des personnes protégées* », les rédacteurs ont préféré réitérer la prohibition.<sup>1285</sup>

Les Etats ne peuvent donc pas renoncer ou limiter des droits qui ne leur appartiennent pas, ces derniers étant au bénéfice des personnes protégées :

*« ...if two countries were to agree that, in any future hostilities between them, neither side would be bound to take any prisoners of war, and all captured personnel would be liable for execution, it is clear that even though this was intended only for application as between the parties, and not vis-à-vis any other country that might be involved in hostilities with either of them, such an arrangement would be illegal and void (That is, in this context unenforceable at law by either party against the other). »*<sup>1286</sup>

Cette clause de sauvegarde, qui fut proposée par le Comité de la Croix Rouge lors de la Conférence diplomatique ayant abouti à l'adoption des Conventions, et ceci malgré la réticence de quelques Etats à voir leur liberté contractuelle réduite, soulignerait la nature intangible des règles

---

<sup>1282</sup> KOLB, Robert, « Jus Cogens, intangibilité, intransgressibilité, dérogation positive et négative », *Revue Générale de Droit international Public*, vol. 109, 2005, pp. 306 : « Il s'agit de fixer un seuil minimum, qui ne pourra pas être transgressé vers le bas, mais où un traitement plus libéral est souhaité, quoiqu'il ne soit pas imposé. »

<sup>1283</sup> Robert Kolb affirme que la disposition implique la création d'un *jus cogens* d'indérogeabilité, et non d'intangibilité, puisque le régime peut être modifié vers le haut, *ibidem*, p. 310.

<sup>1284</sup> Article 47 de la CG IV: « Les personnes protégées qui se trouvent dans un territoire occupé ne seront privées, en aucun cas ni d'aucune manière, du bénéfice de la présente Convention, soit en vertu d'un changement quelconque intervenu du fait de l'occupation dans les institutions ou le gouvernement du territoire en question, soit par un accord passé entre les autorités du territoire occupé et la Puissance occupante, soit encore en raison de l'annexion par cette dernière de tout ou partie du territoire occupé. » Cet article fut adopté en réaction aux atrocités et aux abus commis en territoires occupés lors de la Deuxième guerre mondiale.

<sup>1285</sup> Commentaire article 47 de la CG IV, disponible at <http://www.icrc.org/dih.nsf/COM/380-600054?OpenDocument>, consulté le 19 juillet 2011.

<sup>1286</sup> FITZMAURICE, Gerald, *Third Report on the Law of Treaties*, A/CN.4/115, *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, 1958, p. 22, § 76. Cette citation est issue de la section consacrée à la licéité de l'objet des traités. Il continue en disant que: « *Most of the cases in this class are cases where the position of the individual is involved, and where the rules contravened are rules instituted for the protection of the individual.* »

incluses dans les CG.<sup>1287</sup> Lors de la rédaction, on rejeta la proposition qui visait à distinguer entre les garanties fondamentales et celles qui ne le sont pas : « *l'issue de ce débat prouve que la notion en cause s'applique non pas à tel ou tel droit particulier, mais à l'ensemble des garanties que la Convention procure à ceux qu'elle veut protéger* ». Les Hautes parties contractantes ne peuvent déroger par accord à leurs obligations conventionnelles: « *En ce sens, l'article 6 marque une date dans le processus qui entraîne l'abandon des souverainetés étatiques au profit de l'individu et d'un ordre juridique supérieur*». <sup>1288</sup> Les articles 6/6/6/7 confèrent aux normes de DIH un caractère indérogeable spécifique, permettant de dépasser le paradigme classique reposant sur la simple volonté étatique, mais à nouveau, l'efficacité concrète de cette indérogeabilité est à modérer. Comment en effet s'assurer en pratique que les belligérants ne concluront pas d'accords spéciaux dérogoires?<sup>1289</sup> Et de quelle manière est-il possible de garantir la nullité de ces accords une fois adoptés?

En outre, le **chapitre IV** relatif à l'article 103 de la Charte des Nations Unies apportera la preuve que les traités internationaux incluent fréquemment en leur sein des dispositions, qui interdisent aux Etats parties de conclure des accords contraires. L'existence de ces clauses n'est pas automatiquement révélatrice de la nature impérative de la totalité des règles issues de ceux-ci. Il s'agit d'une technique conventionnelle, régissant les relations entre des conventions régulant la même matière, qui possède généralement un effet circonscrit. Indérogeabilité n'est pas synonyme

---

<sup>1287</sup> Voir le Commentaire de l'article 6 CG I, disponible at <http://www.icrc.org/dih.nsf/WebPrint/365-570009-COM?OpenDocument>, consulté le 14 juin 2011 et PERRIN, Georges, « La nécessité et les dangers du *jus cogens*», in SWINARSKI, Christophe, (Ed.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge/Studies and essays on international humanitarian law and Red Cross principles, en l'honneur de/in honour of Jean Pictet*, Genève/La Haye, CICR/Martinus Nijhoff, 1984.

<sup>1288</sup> Commentaire de l'article 6 CG I, disponible at <http://www.icrc.org/dih.nsf/WebPrint/365-570009-COM?OpenDocument>, consulté le 14 juin 2011. Voir le commentaire de la CG II: « *Le droit de Genève excède le champ d'un simple traité de réciprocité. Le patrimoine humanitaire qu'il représente n'est pas, et ne saurait être, à la merci d'intérêts politiques transitoires. La personne est ici considérée pour sa valeur propre. L'Etat n'est point le seul sujet de droit, et ce pas que les Conventions de Genève ont franchi marque l'un des progrès importants du droit international contemporain.*», at <http://www.icrc.org/dih.nsf/COM/370-580009?OpenDocument>, consulté le 15 juin 2011. *Idem* pour les Commentaires de CG III et IV.

<sup>1289</sup> Ceci est d'ailleurs reconnu par le CICR lui-même dans son commentaire de la CG I: « *Si deux belligérants conviennent de soumettre leurs nationaux à un traitement contraire à la Convention, un élément essentiel à la défense des règles conventionnelles - l'intervention de l'Etat d'origine des personnes protégées - fera défaut. Par ailleurs, quelle que soit la part que ces personnes elles-mêmes peuvent prendre dans la défense des « droits » que la Convention leur accorde- nous verrons ce point à propos de l'article 7-, il leur sera difficile de s'opposer à la conclusion et aux effets d'une telle entente.*

*Il appartiendra donc à d'autres facteurs de se manifester pour entraver la conclusion des accords dérogoires : la pression de tierces Puissances ou de l'opinion publique, la crainte des gouvernants de se voir désavoués ou même punis ultérieurement, des décisions de tribunaux ; le cas échéant, les organismes neutres précités pourront, eux aussi, mettre en garde [p.83] les Parties intéressées tentées de conclure de tels accords, intervenir contre ceux qui le seraient et refuser de les reconnaître dans leur activité en faveur des personnes protégées par la Convention.»* Le Commentaire de la CG II souligne le rôle que peuvent remplir les organismes chargés de veiller à l'application de la Convention.

d'impérativité : le concept présentement étudié peut prendre des formes diverses et engendrer des conséquences, qui varient en fonction du domaine considéré.

*iii. Le caractère inaliénable des droits des personnes protégées: les articles 7/7/7/8 des CG et 11§2 du PAI*

« Article 7. - Les blessés et malades, ainsi que les membres du personnel sanitaire et religieux, ne pourront en aucun cas renoncer partiellement ou totalement aux droits que leur assure la présente Convention et, le cas échéant, les accords spéciaux visés à l'article précédent. »<sup>1290</sup>

Les droits conférés aux individus par les CG et le PA sont définis comme inaliénables: les personnes protégées ne peuvent en aucune circonstance renoncer à la protection qui leur est offerte.<sup>1291</sup> Il est évident que cette disposition, associée avec l'article examiné dans la section précédente et l'article 1, renforce l'impression que les normes contenues dans les conventions humanitaires sont absolues et dotées d'une indérogeabilité sans faille. En outre, ces articles affirment expressément que l'individu se voit « accorder ou assurer des droits »,<sup>1292</sup> dont il peut se prévaloir indépendamment de l'attitude de son Etat d'origine ou de l'Etat au pouvoir duquel il se trouve.<sup>1293</sup> Fait quasiment inédit en 1949: l'individu prend progressivement une place au sein du système juridique international et ce statut est reconnu par un instrument juridiquement contraignant.

Les individus, en contrepartie de cette protection personnelle qui leur est offerte, ont le devoir de ne pas volontairement déroger aux normes, toute dérogation renonciatrice serait dépourvue d'effets juridiques. Les personnes protégées par les CG sont en situation de vulnérabilité et ne sont

---

<sup>1290</sup> CG I, article 7/7/7/8 des CG et article 11§2 du PAI : « *Il est en particulier interdit de pratiquer sur ces personnes, même avec leur consentement...* » L'article 11 du PAI vise en premier lieu la protection de l'intégrité physique et mentale des individus protégés, notamment contre les actes non-motivés par leur état de santé et contre les expériences médicales illégales. Le commentaire précise que : «... *En ce sens, il est expressément mentionné que même le consentement des personnes intéressées ne saurait justifier de tels actes, règle qui est d'ailleurs valable pour l'ensemble des actes médicaux qui ne sont pas exécutés dans le propre intérêt de la personne qui les subit.* », <http://www.icrc.org/dih.nsf/COM/470-750016?OpenDocument>, consulté le 14 juin 2011. Dans ce cas, si l'acte est exécuté dans le but d'améliorer l'état de santé de la personne, une dérogation est possible. De plus, l'article 11§3 du PA I permet également aux détenus et aux internés de donner leur sang pour des transfusions et leur peau pour des greffes, si ce choix n'est pas le résultat de la coercition.

<sup>1291</sup> Voir l'article 27 du Code civil suisse du 10 décembre 1907: «Protection de la personnalité. *Nul ne peut, même partiellement, renoncer à l'exercice ou à la jouissance des droits civils.* » Voir le chapitre introductif sur la notion d'inaliénabilité, **Chapitre I. A. 4. c. ii.**

<sup>1292</sup> La version anglaise emploie les termes *confer et secure*.

<sup>1293</sup> Article 78 CG III : « *Les prisonniers de guerre auront le droit de présenter aux autorités militaires au pouvoir desquelles ils se trouvent des requêtes concernant le régime de captivité auquel ils sont soumis. Ils auront également, sans restriction, le droit de s'adresser soit par l'entremise de l'homme de confiance, soit directement s'ils l'estiment nécessaire, aux représentants des Puissances protectrices, pour leur indiquer les points sur lesquels ils auraient des plaintes à formuler à l'égard du régime de la captivité. Ces requêtes et plaintes ne seront pas limitées ni considérées comme faisant partie du contingent de correspondance mentionné à l'article 71. Elles devront être transmises d'urgence. Elles ne pourront donner lieu à aucune punition, même si elles sont reconnues non fondées. Les hommes de confiance pourront envoyer aux représentants des Puissances protectrices des rapports périodiques sur la situation dans les camps et les besoins des prisonniers de guerre.* »

que très rarement en position d'indépendance et d'autonomie morale. Les rédacteurs ont simplement voulu limiter les risques de pression exercée sur celles-ci, afin de les forcer à renoncer à leurs droits.<sup>1294</sup> Toutefois, la volonté des individus est prise en considération, mais uniquement si « *l'expression de volonté des personnes protégées concourt à l'application, à une application plus souple de la Convention; elle n'en a jamais pour conséquence la suppression totale ou partielle.* »<sup>1295</sup> A nouveau, la liberté des Etats est contrainte, car même dans l'hypothèse où un individu décide de renoncer à ses droits en toute liberté, l'Etat partie ne peut se délier de ses obligations.

Un problème s'est néanmoins posé relativement à cette inaliénabilité: la question du rapatriement des prisonniers de guerre à la fin des hostilités. L'article 118 de la CG III énonce que ces derniers « *seront libérés et rapatriés sans délai après la fin des hostilités actives* ». Il est arrivé que des prisonniers refusent d'être rapatriés dans leur pays d'origine, en contravention du principe énoncé à l'article 7.<sup>1296</sup> Le commentaire de la CG III admet qu'il peut être fait exception à la disposition, s'il existe des raisons sérieuses de craindre que le prisonnier encoure des risques manifestement injustes et graves, affectant sa vie ou sa liberté. Toutefois, en l'absence de ces cas exceptionnels liés à des raisons impérieuses d'humanité, l'Etat détenteur doit-il ou peut-il forcer un rapatriement contre la volonté de l'individu?<sup>1297</sup> Peut-il rapatrier un prisonnier en violation du principe de non-refoulement ? La solution adoptée fut développée par la pratique subséquente : le rapatriement forcé doit être « évité » dans la mesure du possible :

*« L'Assemblée générale... affirme qu'il ne devra pas être fait usage de la force contre les prisonniers de guerre afin d'empêcher ou d'assurer leur retour dans leur pays d'origine... »*<sup>1298</sup>

---

<sup>1294</sup> Le représentant norvégien a déclaré lors de la Conférence diplomatique : « *On envisage que des prisonniers de guerre ou des personnes civiles au pouvoir d'une Puissance, puissent, par voie d'accord passé avec cette dernière, renoncer définitivement pour toute la durée de la guerre aux droits qu'ils tiennent de la Convention. Dire que de tels accords ne seront pas valables s'ils sont obtenus par la force, ne suffit pas à notre avis : nous savons tous qu'il est extrêmement difficile d'administrer la preuve qu'il y a eu contrainte ou pression. Généralement, la Puissance qui a obtenu une renonciation n'est pas embarrassée pour affirmer que les intéressés l'ont consentie librement et ceux-ci, de leur côté, peuvent être amenés à déclarer que tel était bien leur désir. Je pense que le vrai et le seul moyen d'assurer effectivement la protection que nous recherchons sera d'ériger en règle générale que toute renonciation à des droits conférés par la Convention sera réputée complètement dépourvue de validité.* », Actes, II-B, pp. 17-18.

<sup>1295</sup> Commentaire article 7 CG I, disponible at <http://www.icrc.org/dih.nsf/COM/365-570010?OpenDocument>, consulté le 14 juin 2011. Par exemple, les articles 21§2, 22, 38 ou 52 de la CG III ; les articles 35 de la CG IV.

<sup>1296</sup> Notamment suite à la Guerre de Corée. Les deux Etats n'étaient pas parties aux CG mais avaient fait part de leur volonté d'appliquer les principes humanitaires au début des hostilités.

<sup>1297</sup> Suite à la Deuxième guerre mondiale, de nombreux prisonniers, qui furent rapatriés de force, se suicidèrent, plus particulièrement des soldats allemands.

<sup>1298</sup> Résolution 610 du 3 décembre 1952, Corée et *Rapports de la Commission des Nations Unies pour l'unification et le relèvement de la Corée adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies*, §2. Un accord spécial fut finalement conclu le 8 juin 1953, *Agreement on Prisoners of War*, qui confère la responsabilité à la *Neutral Nations Repatriation Commission* de garder les prisonniers de guerre, qui n'ont pas exercé leur droit à être rapatriés, pendant une période de 90 jours. Ce laps de temps permettait aux pays de tenter de convaincre leurs ressortissants de rentrer. Cet accord consacre le principe, selon lequel il est préférable de ne pas entreprendre de rapatriement contre la volonté du prisonnier.

Les dispositions relatives à l'inaliénabilité permettent de confirmer que les droits conférés aux individus sont tous sur un même pied d'égalité et ont la même importance normative, même s'il est certain, que certains accommodements et infléchissements à la règle générale demeurent possibles.

#### *iv. Prohibition des représailles*

Les représailles constituent une méthode classique du droit international, qui vise à en assurer le respect, en réponse à des violations préalablement commises.<sup>1299</sup> Ce moyen de mise en œuvre, dont l'objectif premier est le retour à la légalité, par la cessation de l'illicite et par l'obtention de garanties de non-répétition, est d'une importance fondamentale dans un système dépourvu d'une autorité centrale et de mécanismes de coercition obligatoires. Les représailles sont en principe contraires au droit, mais elles sont considérées comme licites- ou lavées de leur caractère illicite- par l'acte illicite initial, dans la mesure où elles respectent certaines conditions. Les représailles belligérantes peuvent être définies comme « *des mesures de contrainte, dérogoires aux règles du droit des conflits armés, prises par un belligérant à la suite d'actes illicites commis à son égard par un autre belligérant et ayant pour but de lui imposer, au moyen d'un dommage, le respect de ce droit.* »<sup>1300</sup>

---

<sup>1299</sup> Les représailles ont été définies dans la célèbre *sentence arbitrale Naulilaa, Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l'Afrique (sentence sur le principe de la responsabilité)*, Portugal v. Allemagne, Recueil des Sentences arbitrales 1928, vol. II, 31 juillet 1928, p. 1026 : « *La représaille est un acte de propre justice (Selbsthilfehandlung) de l'État lésé, acte répondant — après sommation restée infructueuse — à un acte contraire au droit des gens de l'État offenseur. Elle a pour effet de suspendre momentanément, dans les rapports des deux États, l'observation de telle ou telle règle du droit des gens. Elle est limitée par les expériences de l'humanité et les règles de la bonne foi, applicables dans les rapports d'État à État. Elle serait illégale si un acte préalable, contraire au droit des gens, n'en avait fourni le motif. Elle tend à imposer, à l'État offenseur, la réparation de l'offense ou le retour à la légalité, en évitation de nouvelles offenses. Cette définition n'exige pas que la représaille reste proportionnée à l'offense.* » Voir aussi la *sentence arbitrale définitive du 30 juin 1930 concernant la responsabilité de l'Allemagne en raison des actes commis postérieurement au 31 juillet 1914 et avant que le Portugal ne participât à la guerre (Affaire Cysne)*, Portugal v. Allemagne, Recueil des Sentences arbitrales 1930, 30 juin 1930, pp. 1035-1077 Les conditions de mise en œuvre des représailles furent déjà définies par Vattel dans *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*,..., Livre II, §§ 242-354 et Livre III, § 142.

<sup>1300</sup> Commentaire du PAI, Titre V, Section II, disponible at <http://www.icrc.org/dih.nsf/COM/470-750110?OpenDocument>, consulté le 15 juin 2011. Egalement, Résolution de L'Institut du droit international, *Le régime des représailles en temps de paix*, Nicolas Politis Rapporteur, Session de Paris de 1934. Voir également, *US Department of the Field Army Manual*, § 497, qui définit les représailles comme: « (...) *acts of retaliation in the form of conduct which would otherwise be unlawful, resorted to by one belligerent against enemy personnel or property for acts of warfare committed by the other belligerent in violation of the law of war, for the purpose of enforcing future compliance with the recognized rules of civilized warfare.* »

«46. *Certains Etats ont soutenu que l'emploi d'armes nucléaires à titre de représailles serait licite. La Cour n'a pas à se pencher, dans ce contexte, sur la question des représailles armées en temps de paix, qui sont considérées comme illicites. Elle n'a pas davantage à se prononcer sur la question des représailles en temps de conflit armé, sinon pour observer qu'en tout état de cause tout droit de recourir à de telles représailles serait, comme le droit de légitime défense, régi, notamment, par le principe de proportionnalité.*», *Avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J. 1996, 8 juillet 1996, § 46, p. 246

L'implémentation du droit humanitaire a, pendant longtemps, reposé sur la réciprocité et sur la crainte des représailles.<sup>1301</sup> Progressivement, conscients des dangers de ces dernières, notamment le risque d'escalade de la violence et d'abus potentiels, et de leur relative inefficacité, malgré un effet dissuasif certain,<sup>1302</sup> les rédacteurs des conventions de DIH commencèrent à limiter la possibilité d'y recourir, jusqu'à *quasiment* totalement les interdire.<sup>1303</sup> Il est en effet extrêmement difficile de prouver l'existence de violations des règles par l'ennemi, au vu de l'absence d'organes de contrôle. De ce fait, les représailles ont souvent été invoquées comme une excuse à des transgressions pourtant injustifiables. L'humanisation du droit des conflits armés confirma la nécessité d'éliminer cette méthode contraire au principe sacré de traitement humain, relique d'un système où la justice privée, les mesures de *self-help* et la loi du Talion étaient les seuls mécanismes de sanction à disposition des Etats. Le rejet de représailles comme dispositif de mise en œuvre du droit des conflits armés va également de pair avec l'exclusion du principe de responsabilité collective, idée fortement influencée par le courant droit-de-l'hommiste, soulignant l'obligation de ne pas punir des innocents, idée déjà présente dans le *Règlement de La Haye de 1907*, qui a entraîné la proscription des peines et sanctions collectives, ainsi que des actes visant à terroriser la population et de la prise d'otages.<sup>1304</sup>

---

<sup>1301</sup> « Ordinarily, the implementation of the law of armed conflict hinges, to a very large degree, on practical considerations of reciprocity and fear of reprisals », DINSTEIN, Yoram, « Human rights in armed conflicts: International humanitarian law », in MERON, Theodor, (Ed.), *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues*,..., p. 357

<sup>1302</sup> Elles furent efficaces pour empêcher l'emploi des gaz empoisonnés lors de la Deuxième guerre mondiale.

<sup>1303</sup> Déjà au XIX<sup>ème</sup> siècle, il était reconnu le caractère dangereux des représailles. Voir le *Code Lieber*, article 27 : « Le droit de la guerre, non plus que le droit des gens dont il est une branche, ne saurait éliminer entièrement les représailles. Les nations civilisées reconnaissent pourtant que les représailles sont le trait le plus rigoureux de la guerre. Un ennemi sans scrupules ne laisse souvent, à son adversaire, d'autre moyen de se protéger contre la répétition d'un outrage barbare. » ; et l'article 28 : « Les représailles, toutefois, ne seront jamais infligées comme mesure de pure vengeance mais seulement comme un moyen de se protéger par rétorsion, et, le plus souvent, avec mesure et en l'absence de tout autre moyen ; c'est-à-dire qu'on ne pourra recourir aux représailles qu'après enquête approfondie sur la réalité des faits et le caractère grave de ceux qui appellent rétorsion.

*Des représailles, injustes ou inconsidérées éloignent, de plus en plus, les belligérants des tempéraments de la guerre régulière et les approchent rapidement des guerres d'extermination des sauvages. »*

Le *Manuel des lois de la guerre sur terre d'Oxford du 9 septembre 1880* à ses articles 84 à 86 : des conditions sont posées à l'exercice des représailles qui sont conçues comme une « exception douloureuse au principe général d'équité d'après lequel un innocent ne doit pas souffrir pour un coupable, et à celui qui veut que chaque belligérant se conforme aux lois de la guerre, même sans réciprocité de la part de l'ennemi. Mais cette dure nécessité est tempérée par les restrictions suivantes... », à savoir : les représailles sont un moyen de dernier recours entrepris à l'encontre d'un ennemi ayant violé le droit ; un moyen pour mettre un terme à l'acte l'illicite, qui doit cesser une fois la ou les violations terminées ; qui doit être proportionnel à la violation initiale et qui ne s'exerce que sur autorisation du commandant en chef ou par toute autorité possédant la capacité de décider et de mener sa propre politique. Finalement, les représailles doivent respecter les lois de l'humanité et de la morale. Les Conférences de La Haye de 1899 et 1907 n'aborderent pas la question.

<sup>1304</sup> Article 50 du *Règlement de La Haye de 1907* et voir par exemple, les articles 33§1-§2 et 34 de la CG IV et l'article 3 commun. A Nuremberg, les juges acceptèrent pourtant la théorie de la responsabilité collective, comme par exemple dans l'affaire *Trial of Wilhelm List and others, The Hostages Case*, Law Reports of Trials of War Criminals before Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law N° 10, février 1948, United Nations War Crimes Commission, 1950, Volume VIII, p. 61: «...hostages may be taken in order to guarantee the peaceful conduct of the population of the occupied territories and, when certain conditions exist and the necessary preliminaries have been

*«Belligerent reprisals...rest on the idea of solidarity, of holding members of a community jointly and severally liable for the deeds of some of them. It hardly needs emphasizing that this goes to the roots of the concepts of human rights, as fundamental rights of the human being as an individual, as distinct from his position as a member of a collectivity.»<sup>1305</sup>*

La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre de 1929 interdit, non sans controverses, les représailles à son article 2 alinéa 3, mais la clause ne fut pas introduite dans la CG sur les blessés et les malades. Cette approche fut adoptée dans la CG de 1949 et les PA, qui prohibent de manière absolue les représailles belligérantes, mais exclusivement contre les personnes et les biens protégés.<sup>1306</sup> Cette interdiction découle en partie de l'article 1 commun, qui exige le respect du DIH en toutes circonstances et l'exclusion de la réciprocité, notamment réaffirmée par l'article 60§5 de la CVDT. Les dispositions sur la *Responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite* prévoient à l'article 50 que « 1. Les contre-mesures ne peuvent porter aucune atteinte... c) aux obligations de caractère humanitaire excluant les représailles.»<sup>1307</sup>

Relevons que le Protocole I reprend l'interdiction contre les personnes et biens protégés par les CG et condamne de plus les représailles commises en territoire ennemi et non-occupé, contre l'ensemble de la population civile et les biens civils, respectant ainsi le principe de distinction.<sup>1308</sup> Le PAI ne comporte cependant pas de disposition générale à cet effet : l'option d'une série particulière d'infractions fut choisie, ceci après moult débats.<sup>1309</sup> Toutes les représailles ne sont,

---

*taken, they may, as a last resort, be shot. The taking of hostages is based fundamentally on a theory of collective responsibility.»*

<sup>1305</sup> KALSHOVEN, Frits, «Human Rights, the Law of Armed Conflicts and Reprisals», *International Review of the Red Cross*, vol. 11, N°121, 1971, p. 186

<sup>1306</sup> Articles 46/47/13§3/33§3 des CG. Absolue ici signifie que l'interdiction vaut « *quelque soit le domaine dans lequel est commise la violation, qui sous l'emprise du droit des gens traditionnel, aurait justifié le recours aux représailles.* », Commentaire de l'article 46 de la CGI. En outre, ce caractère absolu exclut « *toute interprétation tendant à admettre l'existence de la réserve de la nécessité militaire.* », Commentaire article 33§3 de la CGI.

<sup>1307</sup> La sentence arbitrale dans *l'affaire Naulilaa*, *supra note de bas de page 1299* énonce déjà que le recours aux représailles est contraint par les « expériences de l'humanité », p. 1026

<sup>1308</sup> La CG IV n'interdit pas les représailles contre les civils ennemis qui se trouvent sur un territoire toujours contrôlé par l'ennemi.

<sup>1309</sup> Les articles du PAI : 20 (blessés, malades, naufragés civils ou militaires), 51§6 (population civile), 52§1 (biens à caractère civil), 53 (c) (biens culturels et lieux de culte), 54§4 (biens indispensables à la survie de la population), 55§2 (environnement naturel), 56§4 (ouvrages et installations contenant des forces dangereuses). Sur les débats au sein des divers comités, voir NAHLIK, Stanislaw E., «Belligerent Reprisals as Seen in the Light of Diplomatic Conference on Humanitarian Law», *Law and Contemporary Problems*, vol. 42, 1978, pp. 36-66

Aussi : Article 3§2 du *Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs*, *Protocole II*, 10 octobre 1980 et article 3§7 de sa version modifiée en 1996 ; article 4§4 de la *Convention de La Haye de 1954 sur la protection des biens culturels*. Ces biens perdent leur immunité, s'ils sont employés à des fins hostiles. Le PAII aux CG n'inclut pas de disposition sur l'interdiction des représailles, mais le commentaire de l'article 4 relatif aux garanties fondamentales, qui souligne le caractère absolu de la prohibition de certains actes, ne laisse *de facto* aucune possibilité d'exercer des représailles à l'encontre des personnes protégées. L'article 4§2 qui interdit les punitions collectives et la prise d'otages fut interprété par le CICR dans son commentaire comme équivalant « *pratiquement à interdire les «représailles» à l'encontre des personnes protégées.* » Cette même interprétation fut soutenue également pour l'article 3 commun aux CG. Les Etats ont cependant refusé d'interdire les représailles dans les conflits non-internationaux, car selon eux, elles ne concernaient que les relations entre Etats, en possession de la

par conséquent, pas prohibées en droit international. Le Protocole a échoué dans la mise en place de conditions précises relatives à leur application, laissant aux Etats une large marge d'appréciation des critères de nécessité, de proportionnalité et de subsidiarité.<sup>1310</sup> En définitive, les représailles sont permises, pour les Etats parties au CG et au PA I, mais uniquement contre les forces armées ennemies et les biens représentant des objectifs militaires légitimes. Notons qu'en vertu de l'article 49§3 du PAI, les représailles peuvent être prises par les forces aériennes ou maritimes contre un avion ou un navire ennemi, à moins qu'elles n'aient des effets sur les civils ou les objets civils à terre. Finalement, aucune clause ne règle la question de l'admissibilité des représailles consistant dans le non-respect des prescriptions relatives à la limitation ou à l'interdiction de certains moyens et méthodes de guerre, mais: « *...the absence of prohibitions does not necessarily mean permissibility, let alone advisability.* »<sup>1311</sup>

Le bannissement de l'emploi des représailles à l'encontre des civils, tel qu'énoncé dans le PAI, a connu une consécration jurisprudentielle, notamment devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. Premièrement, il a été clairement énoncé que les représailles étaient interdites lors des conflits internes contre les personnes civiles, alors que ni l'article 3 commun, ni le PAII ne contiennent des dispositions à ce sujet.<sup>1312</sup> La prohibition des représailles à l'encontre des civils a été ensuite dotée d'une valeur coutumière dans l'affaire *Kupreskic*.<sup>1313</sup> Le Président du TPIY, même s'il reconnut que les dispositions pertinentes du PAI n'étaient pas déclaratoires de la coutume en 1977, soutint que, depuis, elles étaient devenues parties du droit international

---

*facultas bellandi*. Voir le commentaire at <http://www.icrc.org/dih.nsf/WebPrint/475-760008-COM?OpenDocument>, consulté le 15 juin 2011.

<sup>1310</sup> Pour le Colonel Draper, la Conférence diplomatique de 1977 manqua une opportunité de faire du DIH une « *réalité vivante plus qu'une série d'aspirations idéales.* », DRAPER, Gerald I.A.D., 9 CCDH, *Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts*, Genève, p. 67

<sup>1311</sup> KALSHOVEN, Frits, « *Belligerent Reprisals Revisited* », ..., p. 80. Plusieurs Etats ont également fait des déclarations au PA I concernant les armes nucléaires, notamment le Royaume-Uni : « a) *Le Royaume-Uni continue d'entendre que les règles introduites par le Protocole s'appliquent exclusivement aux armes classiques sans préjudice de toutes autres règles du droit international applicables à d'autres types d'armes. En particulier, les règles ainsi introduites n'ont aucun effet sur l'emploi d'armes nucléaires, qu'elles ne réglementent et n'interdisent pas.* », et « 2. *Se référant au projet de protocole rédigé par le Comité international de la Croix-Rouge qui a constitué la base des travaux de la Conférence diplomatique de 1974-1977, le gouvernement de la République française continue de considérer que les dispositions du Protocole concernent exclusivement les armes classiques, et qu'elles ne sauraient ni réglementer ni interdire le recours à l'arme nucléaire, ni porter préjudice aux autres règles du droit international applicables à d'autres activités, nécessaires à l'exercice par la France de son droit naturel de légitime défense.* » *Idem* pour la Belgique, le Canada, l'Allemagne, l'Italie, les Pays-Bas, l'Espagne, et les Etats-Unis lors de leur signature. Disponible at <http://www.icrc.org/dih.nsf/WebSign?ReadForm&id=470&ps=P>, consulté le 26 octobre 2011.

<sup>1312</sup> *Le Procureur v. Milan Martić*, Examen de l'acte d'accusation dans le cadre de l'article 61, Chambre de première instance du TPIY, Affaire IT-95-11-AR61, 8 mars 1996, §§ 10-18. Voir l'interprétation du CICR à ce sujet, qui a été reprise dans l'étude sur le droit coutumier, Règle 148. *Etude sur le droit humanitaire coutumier, volume I : les règles*, DOSWALD-BECK, Louise, HENCKAERTS, Jean-Marie, Bruxelles, Bruylant, 2006.

<sup>1313</sup> *Le Procureur v. Zoran Kupreskic and others*, Affaire IT-95-16-T, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, arrêt du 14 janvier 2000, §§ 527- 530 : « *Les représailles contre les civils sont, quant à elles, prohibées en droit international coutumier tant que ceux-ci se trouvent au pouvoir de l'adversaire.* »

coutumier. Il basa cette affirmation en faisant émerger le caractère coutumier de la norme qui exige le respect des principes fondamentaux d'humanité, de la dimension non-synallagmatique des obligations contenues dans les CG et le PA et de l'opinio juris des Etats exprimé dans quelques manuels militaires, ainsi que dans la Résolution 2675 de l'Assemblée générale du 9 décembre 1970 (§7), intitulée Principes fondamentaux touchant la protection des populations civiles en période de conflit armé. De plus, il expliqua la non-pertinence des représailles dans le contexte contemporain, puisque des mécanismes de mise en œuvre et de sanction existent désormais.<sup>1314</sup> Il est vrai que le développement du droit international, notamment du droit pénal international, ont permis de réduire la nécessité des représailles. Néanmoins, la pratique ne va guère dans le sens du Président : des débats entourent toujours la problématique des représailles contre les civils et la nature coutumière de l'interdiction. Certains Etats considèrent toujours celles-ci comme le seul moyen de faire respecter efficacement le DIH et de dissuader les violations.<sup>1315</sup>

Outre le fait que des Etats « spécialement intéressés » n'aient pas ratifié le PAI, de nombreuses réserves, souvent déguisées en déclarations interprétatives, ont été formulées à l'égard des dispositions du PAI, notamment par la France, l'Italie, l'Allemagne, l'Egypte, ou encore le Royaume Uni, qui se réservent le droit de réagir à toute violation grave ou systématique des dispositions de ce dernier.<sup>1316</sup> Les Etats-Unis, qui ont refusé de ratifier le PAI,<sup>1317</sup> ont toujours

---

<sup>1314</sup> *Le Procureur v. Zoran Kupreskic and others*, Affaire IT-95-16-T, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, arrêt du 14 janvier 2000, § 530 : « Pour faire respecter le droit international, nous disposons actuellement d'un moyen plus largement disponible et qui, de surcroît, commence à s'avérer relativement efficace : la poursuite et le châtiment des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité par des juridictions nationales ou internationales. Ce moyen permet de traduire en justice les personnes responsables de tout crime de ce type et, bien que dans une moindre mesure, de dissuader au moins ceux qui seraient tentés de commettre les violations les plus flagrantes du droit international humanitaire. » Le TPIY employa le mémorandum du CICR émis lors de la guerre entre l'Iran et l'Irak en 1983, qui appuyait la nature coutumière de l'interdiction. Il est cependant difficile de considérer ces documents comme constitutifs de la pratique étatique.

<sup>1315</sup> « Doctrine of reprisals, like all authoritative policies, is vulnerable to perversion and abuse. By itself, however, this vulnerability cannot be decisive of the utility or desirability of the reprisals doctrine. (...) until a comprehensive centralized and effective sanction process is achieved in the world arena, belligerents have to police one another and enforce the laws of war against each other (...) war reprisals may perform an extremely valuable function and the practice or the threat of reprisals...are the only protection against inhabitants of an occupied State to ensure that the latter will do their duty under international law. », MCDUGAL, Myres S., FELICIANO, Florentino P., *Law and Minimum World Order: The Legal Regulation of International Coercion*, New Haven, Yale University Press, 1961, pp. 681-ss.

<sup>1316</sup> Voir par exemple le texte de la déclaration britannique aux articles 51-et 55: « The obligations of Articles 51 and 55 are accepted on the basis that any adverse party against which the United Kingdom might be engaged will itself scrupulously observe those obligations. If an adverse party makes serious and deliberate attacks, in violation of Article 51 or Article 52 against the civilian population or civilians or against civilian objects, or, in violation of Articles 53, 54 and 55, on objects or items protected by those Articles, the United Kingdom will regard itself as entitled to take measures otherwise prohibited by the Articles in question to the extent that it considers such measures necessary for the sole purpose of compelling the adverse party to cease committing violations under those Articles, but only after formal warning to the adverse party requiring cessation of the violations has been disregarded and then only after a decision taken at the highest level of government. Any measures thus taken by the United Kingdom will not be disproportionate to the violations giving rise there to and will not involve any action prohibited by the Geneva Conventions of 1949 nor will such measures be continued after the violations have ceased. The United Kingdom will

perçu les représailles comme un facteur indispensable de dissuasion et un moyen qui doit rester à leur disposition, dans le cas où des transgressions sont commises par l'ennemi à l'encontre de civils américains.<sup>1318</sup> Un autre argument avancé est l'utilité des représailles pour assurer l'égalité des belligérants.<sup>1319</sup> De multiples voix se sont élevées pour démontrer la nécessité des représailles, ou la menace de leur utilisation, contre les civils et les biens civils, notamment pour réduire les dommages causés et éviter la défaite.<sup>1320</sup> La réalité atteste du fait que les représailles sont encore utilisées lors des conflits, rappelons notamment l'usage répété de ces dernières lors de la guerre entre l'Irak et L'Iran.

---

notify the Protecting Powers of any such formal warning given to an adverse party, and if that warning has been disregarded, of any measures taken as a result. » , disponible at

<http://www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/OA9E03F0F2EE757CC1256402003FB6D2?OpenDocument>, consulté le 15 juin 2011.

<sup>1317</sup> «The total elimination of the right of reprisal, for example, would hamper the ability of the United States to respond to an enemy's intentional disregard of the limitations established in the Geneva Conventions of 1949 or Protocol I, for the purpose of deterring such disregard. », SOFAER, Abraham D, «The Rationale for the United States Decision not to ratify Protocol I to the GC», Agora: The US Decision not to ratify Protocol I to the GC, *American Journal of International Law*, vol. 82, 1988, p. 785. Voir *US Department of Navy, Naval Warfare Publication, 1-14M, Commanders Handbook on the Law of Naval Operations*, July 2007, qui définit les représailles comme: « 6.2.4 Reprisal. A belligerent reprisal is an enforcement measure under the law of armed conflict consisting of an act that would otherwise be unlawful but which is justified as a response to the previous unlawful acts of an enemy. The sole purpose of a reprisal is to induce the enemy to cease its illegal activity and to comply with the law of armed conflict in the future. Reprisals may be taken against enemy armed forces, enemy civilians other than those in occupied territory, and enemy property. »

<sup>1318</sup> Voir les réserves formulées par les Etats parties au Protocole concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques de Genève, 17 juin 1925, *supra* **note de bas de page 1203**. Le Protocole interdit l'emploi initial des gaz, mais en raison des réserves, les emplois en réponse à la première utilisation sont permis.

Et ce rapport de George Aldrich, conseiller juridique et représentant des USA lors de la Conférence diplomatique de Genève sur la Réaffirmation et le Développement du DIH de 1997 : «*It is less clear whether we should make a reservation with respect to the right of reprisal. A number of articles (e.g., 51, 52 and 56) have gone far toward limiting the right of reprisal to the use of unlawful weapons. Among most delegates to the Conference, "reprisal" seemed to be a dirty word. Certainly, it is true that the right of reprisal has been abused, and some prohibition of reprisals clearly makes sense, but the United States Delegation believes that the Conference has gone unreasonably far in its prohibition of this right in Article 51. It is unreasonable to think that massive and continuing attacks directed against a nation's civilian population could be absorbed without a response in kind. By denying the possibility of response and not offering any workable substitute, Article 51 is unrealistic and cannot be expected to withstand the test of future conflicts. On the other hand, it will not be easy for any country to reserve, explicitly, the right of reprisal against an enemy's civilian population, and we shall have to consider carefully whether such a reservation is indispensable for us.*», reproduit dans *American Journal of International Law*, vol. 72, 1978, p. 406

<sup>1319</sup> « *Only by maintaining a limited right to reprisals can a Nation inform the aggressor Nation that violations of the law of armed conflict will be met with reciprocal treatment. Indeed, there is evidence to suggest that a credible threat of reprisal can effectively deter violations of the law...Formally prohibiting reprisals might actually encourage states to break the law of war, knowing that their opponent would not violate the prohibition....Such a situation would penalize the party that observed the prohibition and favour the party that violated the principles of international law.*», KWAKWA, Edward, «Belligerent Reprisals in the Law of Armed Conflict», *Stanford Journal of International Law*, vol. 27, 1990-1991, pp. 75-76

<sup>1320</sup> GREENWOOD, Christopher, «The Twilight of the Law of Belligerent Reprisals», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 20, 1989, p. 61: « *In that context, a State's promise to abstain from conduct which might be greatly to its advantage is more reasonably viewed as being conditional upon similar observance by its adversary. To expect one party to a conflict to continue to abstain from conduct from which its adversary is gaining considerable military advantage is indeed a tall order.* »

«...they may be the only remedial measure the victim state can take to coerce the enemy into respecting the law. In extreme circumstances, that State may be compelled to threaten reprisals, and if the threat fails, to take reprisals action, regardless of the law. »<sup>1321</sup>

Difficile de ne pas reconnaître que les représailles peuvent être un outil efficace de respect du droit, si elles sont proportionnées et visent les bons objectifs, même si elles ne sont pas une « sanction parfaite et définitive ». <sup>1322</sup> Le droit humanitaire manque de dispositifs de mise en œuvre et de contrôle et l'échec de la Commission internationale d'établissement des faits prévue par le PAI à son article 90, peut être expliqué par un refus des Etats de se soumettre à la compétence et la surveillance de cette dernière. <sup>1323</sup> Les diverses interdictions des représailles engendrent toutefois une pression morale sur les Etats, et il est vrai que ceux-ci ne justifient que rarement leurs actions sur cette base, à moins qu'ils ne soient confrontés à une situation d'extrême nécessité et qu'ils n'aient aucun autre moyen de répondre à des violations « manifestes et délibérées » du DIH commises par un ennemi sans scrupule. <sup>1324</sup>

L'Etude du CICR sur le droit coutumier reconnaît la nature coutumière de la prohibition des représailles, mais exclusivement celles qui sont expressément interdites en vertu du droit international: il est encore, par conséquent, certains types de représailles qui sont permis par le droit coutumier. Il existe uniquement une tendance vers le développement d'une règle coutumière prohibant celles dirigées contre les civils et les biens civils. <sup>1325</sup> Indépendamment de ces débats, il ressort que l'interdiction quasi-absolue de représailles en droit humanitaire révèle le caractère particulier de l'indérogeabilité du corpus. Le DIH fait figure d'exception en droit international, car il dépasse le simple consentement des Etats et les relations fondées sur la réciprocité et devient ainsi, un ordre centré sur la personne humaine; des droits sont conférés aux individus et les Etats

---

<sup>1321</sup> ALDRICH, George, «Compliance with International Humanitarian Law», *International Review of the Red Cross*, vol. 31, N° 282, mai-juin 1991, pp. 301-302; voir également ROBERTS, Guy, «The New Rules for Waging War: the Case against the Ratification of Additional Protocol I», *Virginia Journal of International Law*, vol. 26, 1985, pp. 143-144: «...Protocol I goes beyond a simple prohibition on reprisals against civilians to protect a number of objects of economic and military value as well. Attacks and threatened attacks on such resources might well influence even the most callous enemy to refrain from further attacks on friendly civilians and their property. »

<sup>1322</sup> HAMPSON, Françoise, «Belligerent Reprisals and the 1977 Protocols to the Geneva Conventions of 1949», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 37, 1988, p. 843. Egalement, KALSHOVEN, Frits, «Human Rights, the Law of Armed Conflicts and Reprisals», *International Review of the Red Cross*, vol. 11, N° 121, avril 1971, p. 183-192 et KALSHOVEN, Frits, (Ed.), *Belligerent Reprisals*, 2<sup>nd</sup> Edition, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 26

<sup>1323</sup> La compétence de la Commission est optionnelle : celle-ci ne peut ouvrir d'enquête à la demande d'une partie que si la partie soupçonnée d'avoir commis des violations graves des CG ou du PA a également accepté cette compétence.

<sup>1324</sup> NAHLIK, Stanislaw E., «Belligerent Reprisals as Seen in the Light of Diplomatic Conference on Humanitarian Law», *Law and Contemporary Problems*, vol. 42, 1978, p. 65

<sup>1325</sup> Règles 145. : « Dans les cas où elles ne sont pas interdites par le droit international, les représailles sont soumises à des conditions très strictes. » Les Règles 146 à 148 interdisent les représailles contre les personnes et les biens protégés par les CG, contre les biens culturels protégés par la *Convention de La Haye de 1954 sur la protection des biens culturels* et les représailles commises lors de conflits armés non-internationaux. *Etude sur le droit humanitaire coutumier, volume I : les règles*, DOSWALD-BECK, Louise, HENCKAERTS, Jean-Marie, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 675-697

ne peuvent les violer en réponse à une infraction, qui n'est pas le fait de ces individus. Encore une fois, la difficulté de mettre en pratique ces règles prohibitives absolues se profile : les représailles sont interdites à l'encontre des personnes et des biens protégés, du moins au niveau conventionnel. Toutefois, le DIH autorise les dommages collatéraux et les violations commises peuvent avoir un effet sur l'application de certaines règles, notamment celles concernant les représailles : si un hôpital civil est utilisé au-delà de ses fonctions médicales pour commettre des actes hostiles, il perdra son immunité;<sup>1326</sup> si un Etat se sert délibérément de la population civile comme bouclier humain pour protéger des unités militaires, en violation de l'article 51§7 du PAI, et bien que les civils soient toujours protégés, la décision aura un impact sur le calcul avantage militaire-dommages collatéraux.<sup>1327</sup> Ce constat mène une nouvelle fois à relativiser la nature indérogable et absolue de l'ensemble des obligations humanitaires.

*v. Responsabilité internationale: la double sanction*

*« Responsabilité individuelle. Les présents articles sont sans préjudice de toute question relative à la responsabilité individuelle d'après le droit international de toute personne qui agit pour le compte d'un Etat. »<sup>1328</sup>*

Une caractéristique du droit des conflits armés est que la violation des normes qui en sont issues peut engendrer une double sanction et entraîner deux types de responsabilité au plan international : la responsabilité de l'Etat, qui viole ses engagements internationaux, et la responsabilité de l'individu, qui transgresse une règle de DIH. Le droit humanitaire étant composé de « deux dimensions, une couche purement interétatique et une autre qui vise la protection des individus », il est logique que la mise en œuvre se déroule également à ces deux niveaux.<sup>1329</sup> La responsabilité individuelle trouve son origine dans les CG de 1929, dont l'article 29 commun impose le devoir aux gouvernements, dont les lois pénales n'étaient pas adaptées, de proposer à leurs organes législatifs les mesures nécessaires, en vue de punir tout acte commis en contravention de la convention.<sup>1330</sup> Toutefois, il ne s'agit là uniquement de répression au niveau national. De plus, certaines dispositions des CG et des PA traitent de questions administratives ou techniques et ne possèdent donc pas de dimension pénale, en cas de violation. Le concept « de responsabilité pénale

<sup>1326</sup> Articles 19 de la CG IV et 13 du PAI.

<sup>1327</sup> GREENWOOD, Christopher, «The Twilight of the Law of Belligerent Reprisals», ..., p. 39

<sup>1328</sup> Article 58 des *Articles sur la Responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, adopté par l'Assemblée générale dans sa Résolution 56/83 du 12 décembre 2001 (ci-après Ensemble d'articles). Et article 25§4 du *Statut de Rome* établissant la Cour pénale internationale : « *Aucune disposition du présent Statut relative à la responsabilité pénale des individus n'affecte la responsabilité des États en droit international.* », et article 38 du *Deuxième Protocole relatif à la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, 26 mars 1999.

<sup>1329</sup> SASSOLI, Marco, « State Responsibility of Violations of International Humanitarian Law », *International Review of the Red Cross*, vol. 84, N° 846, June 2002, p. 401

<sup>1330</sup> Les *Conventions de La Haye* sont silencieuses sur la question de la répression des individus, hormis les articles 41 et 56 du Règlement de 1907. La CG de 1906 demande également aux Etats de prendre les mesures nécessaires, afin de réprimer certains actes, en vertu de l'article 28.

internationale » fut consacrée, suite à la Deuxième guerre mondiale, avec la répression internationale des crimes perpétrés par les régimes nazis et fascistes.<sup>1331</sup> Depuis lors, une tendance nette vers la criminalisation des violations est apparue et le droit pénal international s'est développé de manière extrêmement rapide.

### La responsabilité internationale absolue de l'Etat et la non-applicabilité des circonstances excluant l'illicéité

L'Etat, qui transgresse une norme du droit international par laquelle il est juridiquement lié, voit sa responsabilité internationale engagée. Il en va évidemment de la sorte pour toute violation d'une règle de droit international humanitaire. Ce qui différencie ce corpus juridique des autres ensembles est, qu'en cas d'infraction aux CG ou au PAI, cette responsabilité est renforcée, c'est-à-dire qu'elle ne peut être excusée par l'existence de certaines circonstances existantes au moment des faits.<sup>1332</sup>

Les *Articles sur la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite* énumèrent six circonstances excluant l'illicéité.<sup>1333</sup> En cas d'infraction grave d'une norme issue des CG ou du PAI, « *Aucune Partie contractante ne pourra s'exonérer elle-même, ni exonérer une autre Partie contractante, des responsabilités encourues par elle-même ou par une autre Partie contractante en raison des infractions prévues à l'article précédent* », ce qui exclut d'emblée la possibilité d'invoquer le consentement de l'Etat lésé, mais ceci est limité aux occurrences d'infractions graves.<sup>1334</sup> L'on peut rapprocher alors le concept d'infraction grave à celui de *jus cogens*, dans la mesure où même la volonté de l'Etat est inapte à exclure l'illicéité de l'acte : il s'agit dans les deux cas d'une responsabilité objective, qui transcende le paradigme consensuel.<sup>1335</sup> La question des infractions non-graves reste cependant non-résolue : rappelons que les Etats ne peuvent conclure

---

<sup>1331</sup> Il fut prévu à la suite de la Première guerre mondiale de poursuivre internationalement certains individus, notamment Guillaume II, en vertu de l'article 227 du Traité de Versailles pour l' « *offense suprême contre la morale et l'autorité sacrée des traités* » et de mettre en place un tribunal spécial à cet effet. Puis, la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* du 9 décembre 1948, article 1 : « *Les Parties contractantes confirment que le génocide, qu'il soit commis en temps de paix ou en temps de guerre, est un crime du droit des gens, qu'elles s'engagent à prévenir et à punir.* »

<sup>1332</sup> La section suivante, **partie III. C. 5. d.** reviendra sur la définition de l'infraction grave et sur la distinction entre infraction grave, violation grave et crime de guerre.

<sup>1333</sup> Article 20 : consentement de l'Etat lésé ; article 21 : légitime défense ; article 22 : contre-mesures ; article 23 : force majeure ; article 24 : détresse ; article 25 : nécessité.

<sup>1334</sup> Articles 51/52/131/148 des CG. Le commentaire des CG expliquent la présence de cet article comme suit : «... *l'article 148 a pour objet d'empêcher que, dans une convention d'armistice ou dans un traité de paix, le vaincu ne soit contraint de renoncer à toute réparation due à raison d'infractions commises par des personnes se trouvant au service du vainqueur.* », Commentaire de l'article 148 de la CGIV.

<sup>1335</sup> Voir *supra* **Chapitre II. B. 2. c. i.**

des accords qui réduiraient les droits des personnes protégées. Ces dernières, ayant le droit à des réparations suite à la violation de leurs droits, ne peuvent se voir contraintes d'y renoncer.<sup>1336</sup>

La légitime défense, qui a trait davantage au *jus ad bellum* qu'au *jus in bello*, semble également exclue. Un Etat agressé ne peut en théorie employer son droit inhérent à la légitime défense pour commettre des infractions graves du DIH ou violer les dispositions interdisant les représailles : l'Etat qui se défend a les mêmes obligations humanitaires que l'agresseur.<sup>1337</sup> Cette séparation entre le droit du recours à la force et le droit des conflits armés a été quelque peu remise en cause par la Cour internationale de Justice. Elle n'a pas totalement prohibé l'emploi de l'arme nucléaire, lorsque l'Etat agit en légitime défense, lorsque son existence même est en jeu: le droit à l'auto-préservation agit comme une circonstance excluant l'illicéité, qui permettrait aux Etats de transgresser les principes de DIH et affecterait notablement le devoir de respect en toute situation.<sup>1338</sup>

L'éventualité de prendre des contre-mesures est quant à elle limitée par l'interdiction des représailles.<sup>1339</sup> Finalement, l'excuse de nécessité ne peut être prétextée : comme mentionné *supra*, l'argument de nécessité est expressément prévu par les règles du droit international humanitaire, elle est partie intégrante de celui-ci, donc tout comportement allant au-delà de ce qui est explicitement mentionné est interdit. Ceci fait écho au §2 (a) de l'article 25 de des *Articles sur la Responsabilité de l'Etat* : «...L'état de nécessité ne peut être invoqué par l'Etat comme cause d'exclusion de l'illicéité...si l'obligation internationale en question exclut » cette possibilité.<sup>1340</sup>

---

<sup>1336</sup> Lors des travaux préparatoires, il fut soutenu que l'article devait avoir un champ d'application limité et ne couvrirait pas les accords financiers spéciaux qu'un Etat pouvait conclure, afin de liquider une demande en réparation par le paiement d'une somme ou par le règlement du différend. Notamment, le délégué italien Marchesa, *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, vol. I, p. 133.

<sup>1337</sup> Voir le commentaire de la CDI de l'article 21 de l'Ensemble d'articles : « *Il ne s'agit pas de dire que la légitime défense exclut l'illicéité d'un comportement dans toutes les circonstances ni à l'égard de toutes les obligations. On peut citer des exemples dans le domaine du droit international humanitaire et de la protection des droits de l'homme. Les Conventions de Genève de 1949 et le Protocole I de 1977 y relatifs s'appliquent également à toutes les parties à un conflit armé international, et il en va de même pour le droit international humanitaire coutumier. S'agissant des obligations résultant du droit international humanitaire et des dispositions relatives aux droits de l'homme non susceptibles de dérogation, l'illicéité d'un comportement n'est pas exclue par la légitime défense.* »

<sup>1338</sup> CONDORELLI, Luigi, « Le droit international humanitaire ou de l'exploration par la Cour d'une *terra* à peu près *incognita* pour elle », in BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, SANDS, Philippe, (Eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 86-87

<sup>1339</sup> Voir article 50§1 (c) des *Articles*: « *Les contre-mesures ne peuvent porter aucune atteinte aux obligations de caractère humanitaire excluant les représailles.* » Nous n'aborderons pas le cas de la force majeure, situation dans laquelle l'Etat n'a pas d'autre choix que de violer l'obligation, ni l'hypothèse de la détresse, car, bien qu'il y ait un choix possible, celui-ci est fortement réduit par la situation de péril. En outre, la détresse, contrairement à la nécessité, implique un danger qui affecte les individus.

<sup>1340</sup> « *Ainsi, certaines conventions humanitaires applicables aux conflits armés excluent expressément la possibilité d'invoquer une nécessité militaire. D'autres, sans exclure explicitement l'excuse de nécessité, sont destinées à s'appliquer dans des situations anormales de péril pour l'Etat responsable et mettent manifestement en jeu ses intérêts*

Le DIH formant un droit d'urgence, la nécessité est supposée être prise en compte au moment de l'édiction de la norme ou de son interprétation. La Commission du droit international a rappelé que dans le domaine du DIH, le rôle principal de la nécessité militaire n'est pas d'exclure l'illicéité d'un acte commis en transgression d'une obligation internationale:

« Par rapport à ces règles, donc, il n'est certes pas question d'une incidence de la « nécessité » en tant que circonstance excluant l'illicéité d'un comportement que la règle applicable n'interdit pas, mais plutôt d'une incidence de la « non-nécessité » en tant que circonstance excluant la licéité d'un comportement qu'en principe cette règle autorise. Ce n'est que lorsque l'on doit constater, dans le cas d'espèce, l'absence de cette « nécessité de guerre », dont la prise en considération est à la base de la règle et de son applicabilité, que cette règle du droit spécial de la guerre et de la neutralité ne doit pas s'appliquer, et que la règle générale du droit de la paix interdisant certains agissements reprend son empire. »<sup>1341</sup>

Ensuite, la responsabilité internationale de l'Etat concerne toutes les occurrences, où une règle de DIH n'a pas été respectée : l'Etat est responsable pour tous les actes commis par les membres de ses forces armées, agissant en capacité officielle ou à titre individuelle,<sup>1342</sup> dans le cadre de leurs fonctions ou en contravention des ordres donnés.<sup>1343</sup> Cette responsabilité quasi-absolue découle premièrement de l'article 3 *in fine* de la *Convention IV de La Haye de 1907* qui prévoit que « la partie belligérante... sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de sa force armée », clause reprise par l'article 91 du PAI.<sup>1344</sup> Aucune distinction n'est faite entre les

---

*essentiels: en pareil cas, l'impossibilité d'invoquer la nécessité découle clairement de l'objet et du but de la règle énoncée. »*, Commentaire de l'article 25§2 (a) des *Articles*.

<sup>1341</sup> *Rapport de la Commission du droit international à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 32<sup>ème</sup> session*, A/CN.4/SER.A/1980/Add.I, vol. 2, partie II, mai-juillet 1980, p. 44, § 27.

<sup>1342</sup> Une grande partie de la doctrine soutient cette hypothèse : FREEMAN, Awyn W., «Responsibility of States for unlawful acts of their armed forces», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 88, 1955-II, pp. 333-339; BIERZANEK, Remigiusz, «The responsibility of States in armed conflicts», *Polish Yearbook of International Law*, Vol. 11, 1981-1982, pp. 96- 98; CONDORELLI, Luigi, «L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite: Solutions classiques et nouvelles tendances», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 189, 1984-VI, pp. 146-148; KALSHOVEN, Frits, «State responsibility for warlike acts of armed forces», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 40, 1991, pp. 837-838: selon l'auteur, il ne s'agit pas d'une exception, mais d'une adaptation des règles aux spécificités de la guerre: « *The State should bear responsibility, not merely for acts of war properly so called, but equally for those acts of wantonness savagery committed by members of its armed forces outside the sphere of duty but in violation of the law of armed conflicts. This applies to acts against civilians and enemy combatants alike.* », p. 853.

Sandoz, Yves, «Unlawful damage in armed conflicts and redress under international humanitarian law», *International Review of the Red Cross*, No. 228, 1982, pp. 136-137; BOELAERT-SUOMINEN, Sonja Ann J., «Iraqi war reparations and the laws of war: A discussion of the current work of the United Nations Compensation Commission with specific reference to environmental damage during warfare», *Austrian Journal of Public International Law*, Vol. 50, 1996, pp. 296-297; SASSOLI, Marco, « State Responsibility of Violations of International Humanitarian Law », *International Review of the Red Cross*, vol. 84, N° 846, June 2002, pp. 401-434.

<sup>1343</sup> Concernant les actes commis par un organe de l'Etat, soit en outrepassant ses fonctions, soit en contravention des ordres officiels, voir Article 7 des *Articles sur la Responsabilité de l'Etat*. La jurisprudence a confirmé que les actes des forces armées commis *ultra vires* sont imputables à l'Etat. Voir : *Affaire Estate of Jean-Baptiste Caire v. United Mexican States*, sentence arbitrale du 7 juin 1929, Recueil des Sentences arbitrales, vol. V, 1929, p. 531 ; *Affaire Velasquez- Rodriguez v. Honduras*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Série C, N° 4, 29 juillet 1988, § 170; *Distomo Massacre Case*, German Federal Supreme Court, BGH - III ZR 245/98, June 26, 2003, §25

<sup>1344</sup> « D'après une règle bien établie, de caractère coutumier, énoncée à l'article 3 de la quatrième convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre de 1907 ainsi qu'à l'article 91 du protocole additionnel I aux conventions de Genève de 1949, une partie à un conflit armé est responsable de tous les actes des personnes qui

actions perpétrées dans le cadre des devoirs militaires et celles entreprises à titre privé. Ceci représente une entorse, voire une exception, aux principes relatifs à la responsabilité internationale des Etats, qui normalement n'imputent un acte à l'Etat, que s'il a été commis par une personne agissant en tant qu'organe de ce dernier, et non les actes commis par des simples particuliers.<sup>1345</sup> Cependant, lors d'un conflit armé, un haut degré de responsabilité incombe aux Etats relativement aux actes de leurs soldats, car au cours des hostilités, il est difficile de déterminer avec clarté si un soldat a agi ou non en sa qualité officielle.<sup>1346</sup> Par conséquent :

*«...les actes non-officiels, à savoir les actes privés commis par les soldats en temps de guerre, sont du point de vue du droit international, des faits illicites de l'Etat lorsqu'ils représentent la violation des normes pertinentes concernant la protection des personnes et des biens en période de conflits armés.»<sup>1347</sup>*

L'article 43 du PAI, qui définit plus précisément et élargit la notion de force armées, étend ce lien aux membres de l'administration civile, ainsi qu'aux membres des forces armées irrégulières.<sup>1348</sup>

Les actes des personnes appartenant à un mouvement de libération nationale peuvent engager la responsabilité du mouvement, si ce dernier s'impose par la suite en tant que gouvernement.<sup>1349</sup>

---

*font partie de ses forces armées. », affaire des Activités armées sur le territoire du Congo, République Démocratique du Congo v. Ouganda, Cour internationale de Justice, recueil C.I.J. 2005, arrêt du 19 décembre 2005, § 214*

<sup>1345</sup> L'ensemble d'articles réitère à maintes reprises l'exigence selon laquelle l'organe doit avoir agi « en cette qualité ».

<sup>1346</sup> *«Those who do not want to consider Article 3 of Hague Convention N° IV as lex specialis in relation to Draft Article 7 may consider that at least in wartime and with regard to acts governed by international humanitarian law, members of the armed forces are always on duty and never act in a purely private capacity. As private persons, they would never have entered into contact with enemy nationals or acted on enemy territory. », SASSOLI, Marco, « State Responsibility of Violations of International Humanitarian Law »,..., p. 406*

<sup>1347</sup> CONDORELLI, Luigi, «L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite: Solutions classiques et nouvelles tendances»,..., p. 147, reprenant la théorie de Awyn Freeman. Ce dernier affirme que : « ...international tribunals and the chancelleries of Governments have recently been applying a higher standard of responsibility in cases involving soldiers, than they have with respect to other officials...it may be because the nature of the functions performed by military personnel is such that when a State vests an individual with the capacity to commit an injurious act, it puts him in a position where he is more likely to commit an injurious act...», FREEMAN, Awyn W., «Responsibility of States for unlawful acts of their armed forces»,..., p. 319

Et : *Affaire des Biens britanniques au Maroc espagnol, Espagne v. Royaume-Uni, sentence arbitrale du 1 mai 1925, Rapport sur les responsabilités de l'Etat dans les situations visées par les réclamations britanniques, Recueil des Sentences arbitrales, vol. II, p. 645, § 5 : « Cela dit, il faut également reconnaître que l'Etat doit être considéré comme tenu à exercer une vigilance d'un ordre supérieur en vue de prévenir les délits commis, en violation de la discipline et de la loi militaires, par des personnes appartenant à l'armée. L'exigence de cette vigilance qualifiée n'est que le complément des pouvoirs du commandement et de la discipline de la hiérarchie militaire. »*

<sup>1348</sup> Les forces armées irrégulières ou les sociétés militaires privées ne sont pas des organes *de jure* de l'Etat, mais peuvent entrer dans les autres catégories prévues par les *Articles sur la responsabilité de l'Etat*: organes *de facto* (article 5) ou comportement sous la direction ou le contrôle de l'Etat (article 8). Pour les questions du degré de contrôle nécessaire, voir l'*affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Nicaragua vs. Etats-Unis d'Amérique, CIJ, Recueil C.I.J. 1986, Fond, arrêt du 27 juin 1986, § 115, critère du contrôle effectif ; *Le Procureur v. Dusko Tadic*, Chambre d'Appel, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Affaire IT-94-1, arrêt du 15 juillet 1990, § 110-114, pour le critère du contrôle global.

<sup>1349</sup> En vertu de l'article 1§4 du PAI, les guerres de libération nationale sont désormais des CAI : le problème qui se pose est relatif à l'hypothèse où le mouvement perd la guerre. Le mouvement n'est plus un sujet du droit international et ne peut être tenu internationalement responsable pour les offenses causées. (Voir article 10 de l'Ensemble d'articles)

De plus, l'Etat peut voir sa responsabilité engagée aussi bien dans les cas où il commet un fait illicite, que dans l'hypothèse où il n'intervient pas pour empêcher une infraction, c'est-à-dire qu'il viole par omission.<sup>1350</sup> La CG III énonce à son article 13 que «*Tout acte ou omission illicite de la part de la Puissance détentrice entraînant la mort ou mettant gravement en danger la santé d'un prisonnier de guerre en son pouvoir est interdit et sera considéré comme une grave infraction à la présente Convention.*» Cette responsabilité pour omission est reprise à l'article 86 du PAI, le commentaire expliquant que :

«*L'importance de la présente disposition ne saurait être mise en doute. Qu'une infraction aux règles du droit international applicable puisse résulter aussi bien d'une omission que d'une action de la part d'un organe de l'Etat est aujourd'hui incontesté et ressort aussi bien de la pratique des Etats que de la doctrine et de la jurisprudence. On en vient même à dire que les cas où l'on s'est fondé sur une omission pour invoquer la responsabilité internationale d'un Etat (il ne s'agit donc pas de la responsabilité de l'individu) sont peut-être plus nombreux encore que ceux où l'on s'est fondé sur une action de sa part.* »

Si l'Etat manque à ses devoirs de diligence due d'empêcher et de punir,<sup>1351</sup> d'enquêter sur les présumées violations, de rechercher les suspects, d'octroyer les droits d'accès à la justice et à la réparation, ou à toute autre obligation à laquelle il est lié, il commettra un fait illicite. En définitive, lors d'un conflit armé, l'Etat est responsable pour toute violation du DIH, quelque soit la manière dont elle a été commise et par qui elle l'a été, que ce soit une entité étatique ou non, tant qu'elle se trouve sous le contrôle dudit Etat.

Finalement, et ceci depuis 1907, l'Etat coupable de violations est tenu par « l'obligation d'indemniser, s'il y a lieu », c'est-à-dire en cas de dommage.<sup>1352</sup> Les articles communs 51/52/131/148 des CG réitèrent indirectement cette obligation.<sup>1353</sup> L'article 91 du PAI reprend le texte de la *Convention de La Haye de 1907*, correspondant aux principes généraux du droit de la responsabilité:<sup>1354</sup> il s'agit avant tout d'éviter que le vaincu soit forcé à renoncer aux réparations qui lui sont dues, en raison d'actes illicites commis par le vainqueur. Il ressort de ces dispositions

---

<sup>1350</sup> L'article 2 des *Articles sur la responsabilité internationale des Etats*: « Il y a fait internationalement illicite de l'Etat lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission. » La jurisprudence confirme: *Affaire des Biens britanniques au Maroc espagnol*, Espagne v. Royaume-Uni, sentence arbitrale du 1 mai 1925, Rapport sur les réclamations individuelles, Recueil des Sentences arbitrales, vol. II, pp. 651-652, §§ 3-6; *Affaire Velasquez-Rodriguez v. Honduras*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Série C, N° 4, 29 juillet 1988, § 69.

<sup>1351</sup> Par exemple, article 13§3 de la CG III ou 43 du *Règlement de La Haye de 1907*.

<sup>1352</sup> Article 3 de la *Convention IV de La Haye de 1907*. Voir également les *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international relative aux droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaires*, Résolution A/RES/60/147 de l'Assemblée générale du 21 mars 2006. Les principes 15 à 23 précisent que la réparation doit être à la mesure du préjudice subi.

<sup>1353</sup> Voir le commentaire, **note de bas de page 1334**. Et article 38 de la *Convention de La Haye de 1954 sur la protection des biens culturels*.

<sup>1354</sup> « La Cour constate que c'est un principe de droit international, voire une conception générale du droit, que toute violation d'un engagement comporte l'obligation de réparer. », *affaire de l'Usine de Chorzów*, Cour permanente de justice internationale, arrêt du 13 septembre 1928, Série A, p. 29

une tendance à l'inaliénabilité de droits, puisqu'aucun des belligérants ne peut renoncer à poursuivre les criminels, ni à réparer ou à obtenir réparation.<sup>1355</sup> L'obligation de réparer est traditionnellement vue comme une relation entre les Etats, mais le DIH octroyant des droits aux individus, ces derniers peuvent potentiellement invoquer la responsabilité de l'Etat coupable et requérir réparation. La CIJ a souligné l'obligation de l'Etat de réparer et de compenser les individus victimes dans son *Avis consultatif relatif à la Construction du Mur en territoires occupés*:

« (...) la Cour constate aussi qu'Israël a l'obligation de réparer tous les dommages causés à toutes les personnes physiques ou morales concernées. La Cour rappellera que les modalités essentielles de la réparation en droit coutumier ont été formulées comme suit par la Cour permanente de Justice internationale... Israël est en conséquence tenu de restituer les terres, les vergers, les oliveraies et les autres biens immobiliers saisis à toute personne physique ou morale en vue de l'édification du mur dans le territoire palestinien occupé. Au cas où une telle restitution s'avérerait matériellement impossible, Israël serait tenu de procéder à l'indemnisation des personnes en question pour le préjudice subi par elles. »<sup>1356</sup>

### La responsabilité de l'individu, particularités du DIH

« Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individual who commit such crimes can provisions of international law be enforced. »<sup>1357</sup>

La répression des individus est perçue comme le dispositif le plus efficace pour assurer le respect du droit des conflits armés, étant donné l'inefficacité des autres moyens de mise en œuvre.<sup>1358</sup> Les instruments internationaux imposent des obligations aux parties contractantes de poursuivre et punir les individus coupables de violations : ces mesures peuvent être disciplinaires, civiles ou pénales. Cette répression se met en œuvre tant au niveau national, qu'au plan international, selon la gravité de la violation. Nous spécifierons les obligations des parties à cet effet dans la section suivante. Il a été établi que le droit humanitaire octroie directement des droits aux personnes : il est par conséquent logique, qu'elles soient également soumises à certaines obligations.<sup>1359</sup> Les relations entre l'Etat et l'individu présumé coupable ne sont pas pertinentes : que ce dernier soit un

---

<sup>1355</sup> L'obligation d'indemniser est valable pour le vainqueur ou le vaincu, pour l'agresseur ou l'agressé, tant qu'ils sont coupables de violations du droit des conflits armés, ce qui confirme le principe de distinction entre le *jus ad bellum* et le *jus in bello* et l'applicabilité du DIH en toutes circonstances.

<sup>1356</sup> *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J. 2004, 9 juillet 2004, §§ 152-153

<sup>1357</sup> FRIEDMAN, Leon, (Ed.), *The Law of War, A documentary History*, New York, Random House, 1972, vol. 2, p. 940

<sup>1358</sup> Le système des puissances protectrices est un échec flagrant (articles 8/8/8/9 des CG et 5 du PAI), tout comme la procédure d'enquête (articles 52/53/132/149 des CG) et la Commission internationale d'établissement des faits, prévue à l'article 90 du PA I.

<sup>1359</sup> «The very essence of the Charter is that individuals have international duties which transcend the national obligations of obedience imposed by individual the State. He who violates the laws of war cannot obtain immunity while acting in pursuance of the authority of the State if the State in authorising action moves outside its competence under international law. », «Principles of International Law recognized in the Charter of the Nurnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, with commentaries», *Yearbook of the International Law Commission, 1950*, vol. II, p. 374, Principe II.

agent de l'Etat ou qu'il agisse à titre privé, il peut être poursuivi pour avoir commis une infraction au DIH.<sup>1360</sup> De plus, « *application of IHL to combatant belonging to irregular armed forces in international and non-international conflicts further underscores the individual natures of obligations under IHL.* »<sup>1361</sup> Notons toutefois, que le TPIR a exigé l'existence d'un lien institutionnel, une autorité *de jure* ou *de facto* ou un mandat public, entre l'individu et l'appareil étatique pour engager la responsabilité pénale de celui-ci.<sup>1362</sup> L'article 8 du Statut de Rome n'est pas formulé en des termes qui imposent la présence de ce lien, mais il est évident que la gravité d'un crime de guerre, d'un crime contre l'humanité ou d'un génocide est telle, qu'il paraît peu probable qu'un individu puisse agir seul. En général, ces actes font partie d'une politique générale.

Les individus sont tenus responsables pour les actes perpétrés en contravention de leurs obligations de DIH, ainsi qu'en cas d'omission, à savoir s'ils s'abstiennent d'agir, alors qu'ils ont le devoir de le faire.<sup>1363</sup> L'article 86 du Protocole I constitue une innovation en la matière : en effet, les Conventions de Genève ne prévoient pas expressément de dispositions en matière d'omission.<sup>1364</sup> Le Statut du Tribunal de Nuremberg était également silencieux ; cependant, certaines condamnations ont découlé de la non-observation de cette obligation « d'agir-réagir » face aux

---

<sup>1360</sup> Voir la jurisprudence du TPIY: « *Contrairement à ce qu'affirme la défense, le fait que ce sont des actes entrant dans la dernière catégorie...ne prouve pas qu'en droit international, les actes individuels de pillage commis par des personnes mues par la cupidité n'engage pas la responsabilité pénale de ces dernières.* », affaire Procureur v. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo, Camp de Celebici, IT-96-21-T, Chambre de première instance, jugement du 16 novembre 1998, § 590 ; *Le Procureur v. Thomir Blaskic*, IT-95-14-T, jugement de la Chambre de première instance, 3 mars 2000, § 184, *Procureur v. Dragoljub Kunarac et al.*, IT-96-23-T, Chambre de première instance, jugement du 22 février 2001, *Procureur v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, Chambre de première instance, IT-95-14/2-T, jugement du 26 février 2001, § 407, *Le Procureur v. Jelusic*, IT-95-10-T, Chambre de première instance, jugement du 14 décembre 1999, § 48.

<sup>1361</sup> PROVOST, René, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 90

<sup>1362</sup> *Procureur v. Clément Kayishima and Obed Ruzindana*, Chambre de première instance, ICTR-95-1-T, jugement du 21 mai 1999, §§ 173-176 et 616-623; *Procureur v. Rutaganda*, ICTR-96-3-T, Chambre de première instance jugement du 6 décembre 1999, §§ 96-98 et 458-460, *Procureur v. Musema*, Chambre de première instance ICTR.96-13-T, jugement du 27 janvier 2000, §§ 264-275.

<sup>1363</sup> Soulignons que le contenu matériel de ces obligations et des mesures devant être entreprises sont définies par le droit international, mais que les critères d'attribution de ces obligations sont déterminés par le droit de chaque Etat.

<sup>1364</sup> Les articles communs sur les infractions graves ne mentionnent que les personnes ayant commis ou donné l'ordre de commettre, articles 49/50/129/146 des CG. *Idem* à l'article 28 de la *Convention de La Haye de 1954 sur la protection des biens culturels*. Mentionnons tout de même l'article II de la *Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité du 26 novembre 1968* : « *Si l'un quelconque des crimes mentionnés à l'article premier est commis, les dispositions de la présente Convention s'appliqueront aux représentants de l'autorité de l'Etat et aux particuliers qui y participeraient en tant qu'auteurs ou en tant que complices, ou qui se rendraient coupables d'incitation directe à la perpétration de l'un quelconque de ces crimes, ou qui participeraient à une entente en vue de le commettre, quel que soit son degré d'exécution, ainsi qu'aux représentants de l'autorité de l'Etat qui toléreraient sa perpétration.* » Et l'article 1 de la *Convention sur Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984*, qui inclut la perpétuation de la torture avec consentement exprès ou tacite. Le commentaire de l'article 86 du PAI note que la Commission des responsabilités des auteurs de la guerre et des sanctions établie suite à la Première guerre mondiale prévoyait la poursuite de tout ceux qui « *auraient ordonné des actes en violation des lois et coutumes de la guerre, ou qui, en connaissance de cause et ayant le pouvoir d'intervenir, se seraient abstenus d'empêcher ou de prendre les dispositions pour empêcher, arrêter ou réprimer de pareils actes* ».

violations.<sup>1365</sup> Le PA I, à son article 86§2, comble cette lacune : il impose une obligation juridique aux supérieurs d'agir pour prévenir ou punir les violations, pas uniquement les infractions graves, s'ils savaient ou étaient en mesure de savoir qu'une infraction allait être commise. En cas de transgression de cette règle, leur responsabilité, disciplinaire ou pénale, selon s'il s'agit de violations ordinaires ou d'infractions graves/crimes de guerre, pourra être engagée. L'exigence de « connaissance » de la part des supérieurs « *doit être apprécié[e] en fonction de la situation où se trouvait le supérieur intéressé, en faisant notamment une distinction entre le moment où les informations étaient disponibles et celui où l'infraction a été commise, en tenant compte également des autres circonstances qui accaparaient à ce moment-là son attention,...* »<sup>1366</sup>

Un autre trait distinctif du droit des conflits armés est l'importance de la discipline militaire, dont les origines remontent aux premières armées.<sup>1367</sup> La responsabilité des commandants pouvait déjà être déduite des articles 1§1 de *l'Annexe à la Convention II de La Haye de 1899* et 1§1 du *Règlement de La Haye de 1907*, qui exigeaient que les forces armées soient « placées sous un commandement responsable » dans la conduite des hostilités.<sup>1368</sup> Le PA I prévoit explicitement des obligations à cet effet, en vertu de son article 87. Les commandants doivent garantir le respect des règles de DIH par toutes les personnes placées sous leur autorité directe ou indirecte, ce qui inclut les membres des forces armées et les civils qui sont soumis à leur contrôle, notamment en territoire occupé ou en cas de levée en masse. Les autorités militaires doivent en effet prendre les mesures

---

<sup>1365</sup> *United States of America v. Von Leeb (the High Command Case)*, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law N° 10, 1950, p. 108: exigence de la négligence criminelle; *Trial of Wilhelm List and others, The Hostages Case*, Law Reports of Trials of War Criminals before Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law N° 10, février 1948, United Nations War Crimes Commission, 1950, Volume VIII, p. 136: manquement au devoir de prendre les mesures de prévention et de cessation des violations, accent sur le lien indissociable entre l'autorité d'un commandant sur ses troupes et son statut de commandant; en Extrême-Orient, *Trial of General Tomoyuki Yamashita*, United States Military Commission, Case N° 21, Manila, Law Reports of Trials of War Criminals. Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission, Volume IV, October - December 1945, pp. 34-35: « *It is absurd, however, to consider a commander a murderer or rapist because one of his soldiers commits a murder or a rape. Nevertheless, where murder and rape and vicious, revengeful actions are widespread offences, and there is no effective attempt by a commander to discover and control the criminal acts, such commander may be held responsible, even criminally liable, for the lawless acts of his troops...* » et p. 86 : « *...the principle that a duty rests on a commander to prevent his troops from committing crimes, the omission to fulfil which would give rise to liability.* »; Aussi, *The Essen Lynching case*, judgement du 21-22 décembre 1945, United Kingdom Military Court at Essen, p. 88. La majorité des manuels militaires nationaux prévoient la responsabilité pour omission.

<sup>1366</sup> Commentaire de l'article 86, disponible at <http://www.icrc.org/dih.nsf/COM/470-750112?OpenDocument>, consulté le 15 juillet 2011.

<sup>1367</sup> Voir, *Ordonnances des Rois de France de la Troisième Race*, Orléans, 1439, Charles VII ; *Articles sur la Guerre* rédigés par Gustave Adolphe de Suède en 1621 ; le *Code Lieber* à son article 71, in GREEN, Leslie Claude, « Command Responsibility in International Humanitarian Law », *Transnational Law and Contemporary Problems*, vol. 5, 1995, pp. 322-323

<sup>1368</sup> Repris à l'article 39 de la CG III et article 43 du PA I. Egalement, une esquisse de la doctrine de la responsabilité du supérieur est présente aux articles 45 et 46 des CG I et II : « *Chaque Partie au conflit, par l'intermédiaire de ses commandants en chef, aura à pourvoir aux détails d'exécution des articles précédents, ainsi qu'aux cas non prévus, conformément aux principes généraux de la présente Convention.* »

de prévention, de diffusion et d'éducation, ainsi que de répression, sanction disciplinaire ou pénale, qu'il paraît raisonnable de prendre au vu des circonstances.

Les statuts des tribunaux internationaux réitérent l'importance de la responsabilité du supérieur hiérarchique et les juges ont, à de multiples reprises, condamné des commandants pour n'avoir pas su maintenir la discipline au sein de leurs troupes.<sup>1369</sup> La jurisprudence a étendu la notion de supérieur aussi bien à des chefs militaires, qu'aux individus ayant des fonctions civiles.<sup>1370</sup> Le facteur déterminant est que le supérieur doit exercer un contrôle réel et effectif, à savoir qu'il doit être en mesure d'émettre des ordres pour prévenir les actes ou punir les responsables.<sup>1371</sup> Et :

---

<sup>1369</sup> *Trial of Wilhelm List and others, The Hostages Case*, Law Reports of Trials of War Criminals before Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law N° 10, février 1948, United Nations War Crimes Commission, 1950, Volume VIII, pp. 70-71: «We have herein before pointed out that it is the duty of the commanding general in occupied territory to maintain peace and order, punish crime and protect lives and property. This duty extends not only to the inhabitants of the occupied territory but to his own troops and auxiliaries as well. The commanding general of occupied territory having executive authority as well as military command, will not be heard to say that a unit taking unlawful orders from someone other than himself, was responsible for the crime and that he is thereby absolved from responsibility..... His responsibility is general and not limited to a control of units directly under his command. Subordinate commanders in occupied territory are similarly responsible to the extent that executive authority has been delegated to them. »; *United States of America v. Von Leeb (the High Command Case)*, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law N° 10, 1950.

Article 7§3 du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ; article 6§3 du Tribunal pénal international pour le Rwanda ; article 28 du Statut de la Cour pénale internationale. Dans les affaires suivantes, la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique a servi de base pour établir la responsabilité pénale de l'accusé : TPIY : *Affaire Procureur v. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo, Camp de Celebici*, IT-96-21-T, Chambre de première instance, jugement du 16 novembre 1998, § 395 ; *Procureur v. Zlatko Alekovski*, IT-95-14/1-T, Chambre de première instance, jugement du 25 juin 1999 ; *Procureur v. Dragoljub Kunarac et al.*, IT-96-23-T, Chambre de première instance, jugement du 22 février 2001 ; *Procureur v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, IT-95-14/2-T, Chambre de première instance, jugement du 26 février 2001 ; TPIR : *Procureur v. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, Chambre de première instance I, jugement du 2 septembre 1998 ; *Procureur v. Jean Kambanda*, ICTR-97-23-S, Chambre de première instance I, jugement du 4 septembre 1998 ; *Procureur v. Omar Serushago*, ICTR-98-39-S, Chambre de première instance I, sentence, jugement du 5 février 1999 ; *Procureur v. Clément Kayishima and Obed Ruzindana*, ICTR-95-1-T, Chambre de première instance II, jugement du 21 mai 1999.

*Le Procureur v. Thomir Blaskic*, IT-95-14-T, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, jugement du 3 mars 2000, § 332 : « Pour conclure, la Chambre de première instance estime que si un commandant a exercé la diligence due dans l'accomplissement de ses devoirs mais ignore pourtant que des crimes sont sur le point d'être commis ou l'ont été, cette ignorance ne peut être retenue contre lui. Cependant, lorsque, compte tenu de sa position personnelle dans la hiérarchie et des circonstances du moment, l'ignorance résulte d'une négligence dans l'accomplissement de ses devoirs, elle ne saurait constituer un moyen de défense: ce commandant avait des raisons de savoir au sens du Statut. »

<sup>1370</sup> *Procureur v. Alfred Musema*, ICTR-96-13-A, Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre de première instance, jugement du 27 janvier 2000 : le cas concernait le directeur d'une fabrique de thé ; TPIY : *Procureur v. Zlatko Alekovski*, IT-95-14/1-T, Chambre de Première Instance, jugement du 24 juin 1999, § 76. Ici, le directeur d'une prison était en cause ; *Procureur v. Kordic et Cerkez*, IT-95-14/2-T, Chambre de première instance, jugement du 26 février 2001 : des politiciens furent assimilés à des supérieurs militaires *de facto*, § 404 : « En conséquence, pour qu'un supérieur hiérarchique civil investi d'une autorité *de facto* soit tenu responsable des actes de ses subordonnés, il faut établir qu'il exerçait une autorité similaire à celle exercée par des chefs militaires. »

<sup>1371</sup> «It should be pointed out that once the issue becomes so defined, the tag of *de jure* our *de facto* loses much of its aura, even though a *de jure* command position will incline the courts to presume that the person in that position has the authority.», JIA, Bing Bing, «The Doctrine of Command Responsibility, Current Problems», *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 3, 2000, p. 151 et *affaire Procureur v. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo, Camp de Celebici*, IT-96-21-T, Chambre de première instance, jugement du 16 novembre 1998, § 736.

« (...) le texte ne limite pas l'obligation des commandants aux seuls membres des forces armées placés sous leurs ordres; il l'étend encore aux autres personnes placées sous leur autorité. C'est tout particulièrement, mais pas exclusivement, en territoire occupé que peut surgir cette notion de subordination indirecte par opposition au lien de subordination directe qui relie le commandant tactique à sa troupe. »<sup>1372</sup>

Cette responsabilité individuelle renforcée démontre une nouvelle fois l'importance des règles de DIH et la volonté de ne pas laisser les infractions impunies, par l'extension de l'indérogeabilité au domaine de la mise en œuvre. Néanmoins, les lectures qui ont été faites de cette responsabilité individuelle, varient selon l'autorité qui se prononce, l'époque et les circonstances de l'espèce.<sup>1373</sup> Certaines voix reconnaissent que ceux qui commandent, qu'ils donnent activement l'ordre de violer une règle de DIH ou qu'ils manquent à leur devoir de contrôle ou de punition, ne peuvent échapper à la sanction. Ce constat fonderait la fundamentalité des règles.<sup>1374</sup> Il peut paraître parfois peu réaliste d'imposer un degré si élevé de contrôle, lors de situations aussi troublées que sont les conflits armés. De plus, les expressions, « mesures pratiquement possibles », « mesures nécessaires », « les informations leur permettant », citées aux articles 86 et 87 du PAI ont mené à des interprétations divergentes devant les tribunaux et sont imprégnées d'une subjectivité, qui laisse une large marge de manœuvre dans l'appréciation des faits.

« ...the ability to prevent and punish a crime is a question that is inherently linked with the given factual situation. »<sup>1375</sup>

L'indérogeabilité issue de cette double responsabilité, étatique et individuelle, et bien que la pratique prouve qu'elle peut être opératoire dans certains cas flagrants, reste difficile à mettre en œuvre de manière systématique. Toutefois, symboliquement, le passage d'une responsabilité étatique à une responsabilité individuelle, tout comme leur existence parallèle, révèlent la volonté :

« To go beyond the inter-State level and to reach for the level of the real or ultimate beneficiaries of humanitarian protection, i.e. individuals and groups of individuals. »<sup>1376</sup>

Après l'analyse des fondements généraux et spécifiques, qui sont invoqués pour justifier l'indérogeabilité du droit international humanitaire, une première conclusion peut être atteinte: la dimension indérogeable n'est pas absolue et les arguments avancés ne sont pas toujours basés sur un raisonnement solide. De plus, la pratique en la matière démontre que les Etats et autres belligérants tendent à contourner leurs engagements internationaux, en profitant du manque de

---

<sup>1372</sup> Voir commentaire de la l'article 87 du PAI, disponible at <http://www.icrc.org/dih.nsf/COM/470-750113?OpenDocument>, consulté le 15 juillet 2011.

<sup>1373</sup> Pour un aperçu de la doctrine voir, JIA, Bing Bing, «The Doctrine of Command Responsibility, Current Problems»,..., pp. 131-165; GREEN, Leslie Claude, «Command Responsibility in International Humanitarian Law», *Transnational Law and Contemporary Problems*, vol. 5, 1995, pp. 319-371; ECKHARDT, William G., «Command Criminal Responsibility: A Plea for a Workable Standard», *Military Law Review*, vol. 97, 9182, pp. 1-34.

<sup>1374</sup> GREEN, Leslie Claude, «Command Responsibility in International Humanitarian Law»,..., p. 371

<sup>1375</sup> *Procureur v. Clément Kayishima and Obed Ruzindana*, ICTR-95-1-T, TPIR, Chambre de première instance II, jugement du 21 mai 1999, § 231.

<sup>1376</sup> ABI-SAAB, Georges, « The Specificities of Humanitarian Law »,..., p. 269.

clarté de certaines règles et de la marge d'appréciation qui leur est laissée par les textes. Se pourrait-il alors que, seulement quelques normes de DIH soient dotées d'une normativité supérieure et d'une indérogeabilité totale ? Le corpus insère en son sein certains principes et standards fondamentaux, qui sont considérés comme ses piliers. Ces derniers, par conséquent, pourraient remettre en cause le postulat de l'indérogeabilité de la totalité du DIH et entraîner la mise en place d'une hiérarchie interne. Cette problématique importante sera traitée dans le chapitre suivant.

#### **4. Introduction d'une gradation entre les normes de droit international humanitaire**

Si l'on suppose que le droit international humanitaire est un ensemble juridique indérogeable, ses normes devraient se trouver sur un pied d'égalité normative. Il serait par conséquent impossible de réduire la matière à quelques piliers fondamentaux, au détriment des autres règles : le corpus serait dans sa totalité constitué de normes indérogeables. Selon cette approche, les principes humanitaires fondant le droit des conflits armés, qui pourraient à première vue former un plancher minimal absolu et intransgressible, ne seraient normativement pas supérieurs aux autres règles et standards. La différence ne se situe alors qu'au plan du degré de précision et de spécification, les instruments conventionnels concrétisant les principes généraux. Les conventions de droit humanitaire seraient devenues l'expression du droit international général.<sup>1377</sup> Cette conception peut être néanmoins questionnée par l'existence d'un nombre limité de principes, qui tendraient à établir une gradation normative entre les règles du DIH. Cette section tentera de saisir si la totalité des normes du DIH possède la même force contraignante ou si, au contraire, il existe une hiérarchie entre celles-ci.

---

<sup>1377</sup> ABI-SAAB, Rosemary, «Les Principes généraux du droit humanitaire selon la Cour internationale de Justice», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, N° 766, juillet-août 1987, p. 386

**a. La Clause de Martens ou «*the bone structure in a living body, providing guidelines in unforeseen cases and constituting a complete summary of the whole*»<sup>1378</sup>**

La Clause de Martens, intitulée de la sorte en raison de sa paternité attribuée au délégué russe lors des négociations des conventions de La Haye de 1899 et 1907- Friedrich Von Martens- représente un compromis diplomatique, qui fut initialement atteint, afin de concilier des vues divergentes sur la question du statut des francs-tireurs et de la levée en masse.<sup>1379</sup> Elle permit d'assurer à l'époque une protection minimale aux résistants luttant en territoire occupé. Par la suite, la portée de la clause fut étendue à l'ensemble du DIH. Soulignons que la célèbre disposition trouve ses racines déjà dans les théories jusnaturalistes et est également à rapprocher du principe ancien de chevalerie.<sup>1380</sup> Une première esquisse de La Clause de Martens apparut dans la *Déclaration de Saint-Pétersbourg*,<sup>1381</sup> mais elle ne sera que réellement consacrée et développée par les préambules de la *Convention II de La Haye de 1899* et la *Convention IV de 1907*, dans le but de combler les lacunes éventuelles du droit humanitaire:

*« En attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties Contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par Elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique. »<sup>1382</sup>*

La clause est consacrée en droit positif dans les CG de 1949, plus précisément au sein des dispositions relatives à la faculté de dénoncer les conventions. Dans ce contexte, elle signifie que la dénonciation n'est pas synonyme de *vide juridique* et que l'Etat dénonciateur continuera à être lié par le droit international coutumier. Le PAI l'intègre à son article 1§2, version modernisée de la clause.<sup>1383</sup> Cette disposition fixe la manière de conduire les hostilités et de traiter les victimes, par

---

<sup>1378</sup> PICTET, Jean, *Development and principles of humanitarian law: Course given in July 1982 at the University of Strasbourg as part of the courses organised by the Institute of Human Rights*, Dordrecht/ Boston/Geneva, Martinus Nijhoff/Henry Dunant Institute, 1985, p. 59

<sup>1379</sup> A propos de la Clause, A. Cassese a dit: «...historically proved to have been conceived more as a diplomatic gimmick intended to break a deadlock in the negotiations at the Hague Conference than as a legal doctrine...», CASSESE, Antonio, «The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky? », *European Journal of International Law*, vol. 11, N° 1, 2000, p. 187.

<sup>1380</sup> *Articles and Ordinances of War for the Present Expedition of the Army of the Kingdom of Scotland, 1643*: «Matters, that are clear by the light and law of nature are presupposed; things unnecessary are passed over in silence; and other things may be judged by the common customs and constitutions of war; or may upon new emergents, be expressed afterwards.», GROSE, Francis, *Military Antiquities*, 1788, cité par MERON, Theodor, *The Humanization of International Law*, ..., p. 18

<sup>1381</sup> Alinéa 5 : « Les parties contractantes ou accédantes, se réservent de s'entendre ultérieurement, toutes les fois qu'une proposition précise serait formulée en vue des perfectionnements à venir que la science pourrait apporter dans l'armement des troupes, afin de maintenir les principes qu'elles ont posés et de concilier les nécessités de la guerre avec les lois de l'humanité. »

<sup>1382</sup> Voir également le Préambule du *Protocole de Genève de 1925*, alinéa 1 et 3.

<sup>1383</sup> Articles 63/62/142/158 des CG, § 4 : « La dénonciation vaudra seulement à l'égard de la Puissance dénonçante. Elle n'aura aucun effet sur les obligations que les Parties au conflit demeureront tenues de remplir en vertu des principes du droit des gens tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des

l'affirmation qu'il existe en droit coutumier, des usages établis et des standards minimaux indérogeables, qui s'appliquent en cas de conflit armé, quelque soit sa nature, et ceci, même en l'absence de droit conventionnel applicable ou de disposition explicite. Christopher Greenwood considère qu'il s'agit de la seule fonction de la clause, à savoir un rappel de l'existence du droit coutumier parallèlement à la *lex scripta*, les éléments pris individuellement étant trop vagues pour constituer des règles de droit positif.<sup>1384</sup> Intéressant de noter que dans le PA II, la clause est réintégrée dans le préambule et que les références aux usages établis a disparu : manière pour les Etats de reconnaître les impératifs moraux à la base du DIH, mais de ne pas être soumis à une obligation juridique trop stricte et ainsi, préserver leurs compétences souveraines lors des conflits internes.

La Clause de Martens engendre une autre conséquence, qui peut être résumée par l'adage « ce qui n'est pas expressément interdit, n'est pas automatiquement permis ». <sup>1385</sup> Cette maxime, contraire à la logique de l'*affaire du Lotus*,<sup>1386</sup> est sous-tendue par le fait que le droit humanitaire n'est pas un ensemble juridique complet et qu'il évolue et s'adapte aux développements contemporains, par l'édiction constante de nouvelles normes. La clause est un garde-fou, une soupape de sureté, relativement aux questions qui ne font pas encore l'objet d'une régulation précise.<sup>1387</sup> La disposition fut invoquée à de nombreuses reprises dans la jurisprudence. Lors des procès de Nuremberg, dans l'*affaire Altsötter*, la clause fut employée pour nier les arguments de la Défense, qui soutenait que le Charte de Nuremberg était une application rétroactive de la loi pénale. Le jugement souligna que la déportation des populations était déjà prohibée avant la guerre et constituait un crime en droit international coutumier.<sup>1388</sup> La clause fut uniquement mentionnée

---

*exigences de la conscience publique.* » ; article 1§2 du PAI : « 2. Dans les cas non prévus par le présent Protocole ou par d'autres accords internationaux, les personnes civiles et les combattants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis, des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique. » La clause est intégrée dans le Préambule de la *Convention de 1980 sur les armes classiques* (alinéa 5) et dans de nombreux manuels militaires nationaux.

<sup>1384</sup> GREENWOOD, Christopher, «Historical Development and Basis», in FLECK, Dieter, (Ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2<sup>nd</sup> Edition, Oxford, Oxford, University Press, 2008, p. 1-43

<sup>1385</sup> C'est ce qu'exprime l'alinéa 7 du Préambule de la *Convention IV de La Haye de 1907*: « D'autre part, il ne pouvait entrer dans les intentions des Hautes Parties contractantes que les cas non prévus fussent, faute de stipulation écrite, laissés à l'appréciation arbitraire de ceux qui dirigent les armées. »

<sup>1386</sup> *Affaire du Lotus*, France v. Turquie, Cour permanente de justice internationale, Série A N° 10, arrêt du 7 septembre 1927

<sup>1387</sup> « S'il a paru utile de reprendre une nouvelle fois cette formule dans le Protocole, c'était à deux fins. D'abord, malgré l'accroissement considérable des matières couvertes par le droit des conflits armés, et malgré le détail de sa codification, il n'est pas possible d'envisager qu'une codification soit complète à un moment quelconque; la clause de Martens empêche ainsi de considérer que tout ce qui n'est pas expressément interdit par les traités pertinents est autorisé. Ensuite, on doit y voir un élément dynamique proclamant l'applicabilité des principes mentionnés nonobstant l'évolution ultérieure des situations ou de la technique.», Commentaire de l'article 1§2 du PA I, disponible at <http://www.icrc.org/dih.nsf/COM/470-750004?OpenDocument>, consulté le 30 juin 2011

<sup>1388</sup> *Altsötter et others Case (The Justice Case)*, Law Reports of Trials of War Criminals, The United Nations War Crimes Commission, vol. III, octobre 1946-avril 1949, US Military Tribunals, pp. 1057-59; Egalement, *Case of The*

dans ce cas pour renforcer la conclusion atteinte. Lors du procès d'*Erhard Milch*, il fut affirmé l'existence de principes généraux, applicables à tous les Etats, indépendamment de leur consentement : ceci permit de contourner la *clausula si omnes* insérée dans les CG de 1929. Les principes de nécessité militaire, de traitement humain et d'interdiction des souffrances inutiles s'appliquent dans les relations entre tous les belligérants, même s'ils ne sont pas parties aux conventions les codifiant.<sup>1389</sup>

La CIJ dans son *Avis consultatif sur les armes nucléaires* rappela l'importance de la clause dans le développement du droit humanitaire et du bannissement de certaines armes. Elle reconnut, en outre, sa valeur coutumière.<sup>1390</sup> Elle fut lapidaire quant aux conséquences juridiques devant découler de ce caractère coutumier. Il ressortit uniquement que le droit international coutumier devait continuer à s'appliquer en parallèle du droit conventionnel, mais une divergence émergea relativement à la question de savoir si la clause en elle-même forme ou non une nouvelle source du droit humanitaire. Différentes interprétations furent proposées, reflétant la division entre positivistes strictes et les tenants d'un droit naturel contemporain, désirant regarder au-delà des normes positives établies. Le juge Shahabuddeen et un groupe d'Etats, notamment l'Australie, le Mexique, l'Iran, la Nouvelle-Zélande, maintinrent, sans réellement préciser la signification de la clause, qu'elle constituait une source autonome du droit et possédait une valeur normative en soi. Les principes du DIH, auxquels se réfère la clause, sont issus de l'une ou de la combinaison des

---

*United States vs. Alfred Krupp von Bohlen and Halbach and others*, Law Reports of Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Council Law N ° 10, The United Nations War Crimes Commission, vol. IX part II, décembre 1947-juillet 1948, p. 1341: «*The Preamble is much more than a pious declaration. It is a general clause, making the usages established among civilized nations, the laws humanity and the dictates of public conscience into the legal yardstick to be applied if and when the specific provisions of the Convention and the Regulations annexed to it do not cover specific cases occurring warfare, or concomitant to warfare.*» Ici aussi, la clause sert à renforcer l'argument mais n'est pas appliquée comme telle au cas d'espèce, les juges basèrent leur raisonnement sur les dispositions pertinentes des Régulations de La Haye.

<sup>1389</sup> Le cas traitait de la question du traitement des prisonniers russes par l'Allemagne. L'Allemagne avança l'argument qu'étant donné que la Russie n'était pas partie à la *Convention de 1929 relative au traitement des prisonniers de guerre*, elle n'était pas liée par les obligations découlant de celle-ci envers la Russie. *The United States of America vs. Erhard Milch, Trial against former Field Marshal of the Luftwaffe Erhard Milch for human experimentation and using slave labour*, Law Reports of Trials of War Criminals, The United Nations War Crimes Commission, vol. II, octobre 1946-avril 1949.

<sup>1390</sup> *Avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J. 1996, 8 juillet 1996, §§ 74-78 et § 84-87 : «*La Cour n'a pas non plus à s'étendre sur la question de l'applicabilité aux armes nucléaires du protocole additionnel I de 1977. Il lui suffira d'observer que, si la conférence diplomatique de 1974-1977 n'a consacré aucun débat de fond à la question nucléaire et si aucune solution spécifique concernant cette question n'y a été avancée, le protocole additionnel I n'a en aucune manière remplacé les règles générales coutumières qui s'appliquaient à tous les moyens et à toutes les méthodes de combat, y compris les armes nucléaires. La Cour rappellera en particulier que tous les Etats sont liés par celles des règles du protocole additionnel I qui ne représentaient, au moment de leur adoption, que l'expression du droit coutumier préexistant, comme c'est le cas de la clause de Martens, réaffirmée à l'article premier dudit protocole. Le fait que la conférence de 1974-1977 n'ait pas traité spécifiquement de certains types d'armes ne permet de tirer aucune conclusion juridique quant aux problèmes de fond que le recours à ces armes soulèverait (...) 87. Enfin, la Cour voit dans la clause de Martens, qui continue indubitablement d'exister et d'être applicable, la confirmation que les principes et règles du droit humanitaire s'appliquent aux armes nucléaires.* »

trois sources, à savoir les usages établis, les lois de l'humanité et les exigences de la conscience publique.<sup>1391</sup>

La Grande-Bretagne et les Etats-Unis exclurent que la clause puisse transformer l'opinion publique ou des *desiderata* moraux en droit international coutumier ; la fonction de la disposition est limitée à exclure les interprétations *a contrario*. La CIJ refusa de trancher, admettant qu'en l'absence d'une règle coutumière ou conventionnelle interdisant les armes nucléaires, elle ne peut conclure que ces armes soient en contravention avec les principes et règles du droit des conflits armés en toutes circonstances.<sup>1392</sup> Une tendance intermédiaire perçoit la disposition comme imposant aux Etats le devoir d'évaluer leurs actions à la lumière du droit conventionnel, du droit coutumier, ainsi que par rapport aux principes généraux auxquels renvoie la clause, qui agit alors comme un critère ultime de licéité.<sup>1393</sup> Le TPIY adopta cette dernière position :

*« Il est vrai qu'on ne peut faire dire à cette clause que ces «principes de l'humanité» et «exigences de la conscience publique» ont été élevés au rang de sources indépendantes du droit international, puisque la pratique internationale le dément. Toutefois elle enjoint, au minimum, de se référer à ces principes et exigences chaque fois qu'une règle du droit international humanitaire manque de rigueur ou de précision : dans ces cas là, le champ et l'objectif de la règle doivent être définis par rapport à ces principes et exigences. »*<sup>1394</sup>

En réalité, la Clause de Martens fut employée dans cette affaire, pour fonder la valeur coutumière de l'interdiction des représailles dirigées contre les civils : à défaut d'une pratique constante et uniforme, la coutume naît de la « *pression des exigences d'humanité ou celles de la conscience publique* ». <sup>1395</sup>

*« Thus, arguably the Martens Clause operates within the existing system of international sources but, in the limited area of humanitarian law, loosens the requirements prescribed for usus while at the same time elevating opinio juris or necessitatis to a rank higher than that normally admitted. »*<sup>1396</sup>

---

<sup>1391</sup> Opinion dissidente du juge Shahabuddeen, *Ibidem*, p. 408 : « Ainsi, la clause de Martens couvrirait de sa propre autorité, de façon autonome et concluante, la thèse selon laquelle, il existait déjà des principes du droit international en vertu desquels des considérations d'humanité pouvaient avoir des effets juridiques par elles-mêmes et régir le comportement des militaires dans les cas où le droit conventionnel ne contenait pas de règle applicable. Aussi n'était-il pas nécessaire de rechercher ailleurs la source distincte de ces principes du droit international, car cette source, c'était la clause elle-même. » Opinion partagée par le juge Weeramantry, pp. 482-486. L'emploi de l'arme nucléaire est donc illicite, car contraire à la Clause Martens. A l'autre extrême, la Russie conclut que la clause n'était plus pertinente au vu de la codification extensive et complète du DIH. Voir, CASSESE, Antonio, « The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky? », ..., p. 211

<sup>1392</sup> *Avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J. 1996, 8 juillet 1996, § 95.

<sup>1393</sup> Soutenu par James Crawford, représentant des Iles Salomon, dans l'Avis de la CIJ *sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*.

<sup>1394</sup> *Le Procureur v. Zoran Kupreskic and others*, Affaire IT-95-16-T, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, jugement du 14 janvier 2000, § 525.

<sup>1395</sup> *Ibidem*, § 527.

<sup>1396</sup> CASSESE, Antonio, « The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky? », ..., p. 214. Aussi: MERON, Theodor, « The Martens Clause, Principles of Humanity and Dictates of Public Conscience », *American Journal of International Law*, vol. 94, 2000, p. 88: « It reinforces a trend, which is already strong in international institutions and

Cette position semble peu raisonnable, car elle soutient que la pratique du champ de bataille n'a quasiment aucune importance, ce qui mène à l'élaboration d'un droit qui ne correspond pas à la réalité sociale. La clause doit être davantage envisagée comme une règle d'interprétation générale du droit humanitaire, que comme génératrice de nouvelles sources du droit.<sup>1397</sup> Ceci ne signifie pas qu'elle soit pour autant uniquement limitée à exclure les raisonnements interprétatifs *à contrario*, mais peut également fournir un argument supplémentaire lorsqu'une instance doit prendre une décision.<sup>1398</sup>

« ...the clause would aim at enhancing the demands of humanity and public conscience, which should therefore be taken into account in the interpretation of these principles or rules. »<sup>1399</sup>

Outre rappeler la pertinence continue du droit coutumier, elle permet de reconnaître l'importance des valeurs extra-juridiques dans la création et l'application des règles, mais ne transforme pas automatiquement ces standards en droit positif.<sup>1400</sup> Les normes de DIH possèdent une force contraignante, qui dépasse la validité et la légitimité, qu'elles tirent de leur source formelle. Elles importent en raison de leur substance matérielle et des aspirations qu'elles symbolisent. Friedrich de Martens a d'ailleurs beaucoup insisté sur l'importance d'accorder des droits aux individus, qu'il percevait comme des attributs inaliénables découlant de la nature et des conditions de l'humanité. En cas de doute, l'interprète, qu'il crée ou applique la norme, se doit de prendre en compte les usages, les exigences de la conscience publique et les principes d'humanité, comme par exemple, dans les cas relatifs aux nouvelles armes.<sup>1401</sup> Ce n'est pas que la clause en elle-même soit une norme juridiquement supérieure aux autres, mais elle rappelle «...la valeur et la permanence des principes supérieurs dont la Convention s'inspire. Ces principes existent en dehors de la

---

*tribunals, toward basing the existence of customary law primarily on opinio juris rather than actual battlefield practice.»*

<sup>1397</sup> Approche soutenue par SPERDUTI, Guiseppe, *Lezioni di diritto internazionale*, Milano, A. Giuffrè, 1958, p. 68-75, qui procède à une distinction entre le processus coutumier de création des règles de droit et un processus appelé «reconnaissance juridique des exigences de la conscience publique ». Et : «*This way the clause, despite its treaty based formulations, would operate in the interstices by inspiring law-making and the interpretation of rules.*», BIANCHI, Andrea, NAQVI, Yasmin, *International Humanitarian Law and Terrorism*,..., p. 142

<sup>1398</sup> SCHWARZENBERGER, Georg, *The Legality of Nuclear Weapons*, Londres, Stevens and Sons, 1958, pp. 10-11

<sup>1399</sup> CASSESE, Antonio, « The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky ? »,..., p. 190; approche soutenue dans l'affaire *K.W.*, Conseil de guerre de Bruxelles, jugement du 8 février 1950, texte de la décision reproduite dans *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1949-1950, pp. 562-568.

<sup>1400</sup> «*Although principles of humanity and the dictates of public conscience are vague terms with unclear normative content, they nevertheless serve to restrain the behaviour of belligerents where the law does not appear to govern a particular situation by providing a sense of ethical normativity.*», BIANCHI, Andrea, NAQVI, Yasmin, *International Humanitarian Law and Terrorism*,..., p. 140, citant Theodor Meron.

<sup>1401</sup> Voir article 36 du PA I. De Martens acceptait que la tâche des juristes était «*d'établir nettement les principes juridiques positifs qui doivent diriger les rapports entre les Etats, en consultant non seulement l'histoire, les circonstances matérielles, les conditions réelles de vie, mais encore les exigences de la vérité scientifique et le sentiment du droit qui prévaut dans le monde civilisé.* », DE MARTENS, *Traité de droit international*, traduit du Russe par Alfred Leo, Paris, 1883-1887, vol. I, p. 201, § 34.

*Convention et ils ne sont pas limités par son cadre.»*<sup>1402</sup> Il est difficile pour les Etats d'accepter de transposer des principes moraux en des règles de droit positif. L'illustration des armes nucléaires est révélatrice de leur réticence à se fonder exclusivement sur la clause pour interdire des moyens et des méthodes, qui sont pourtant en opposition totale avec les valeurs humanitaires. La Clause de Martens importe en raison de sa rhétorique et de la puissance des mots qu'elle emploie, mais son contenu reste cependant vague.<sup>1403</sup> Aucun consensus n'existe en effet sur la signification des exigences de la conscience publique: s'agit-il de l'opinion publique au sens global, de l'opinio juris dans le sens traditionnel ou un mélange des deux? N'oublions pas que la *vox populi* peut être parfois très différente de l'avis des gouvernants.

La clause exerce une réelle influence sur l'élaboration des normes, par les valeurs dont elle est infusée, mais les préoccupations égoïstes des Etats continuent à contrevenir à la mise en place de normes indérogeables. Il paraît complexe de dépasser totalement le paradigme consensuel, par la concrétisation en droit positif d'exigences issues de sources non-juridiques, qui ne sont reconnues et acceptées par la volonté de tous les Etats. La force et de l'efficacité réelle de la clause sur le champ de bataille se voient réduites, lorsque celle-ci fait obstacle à la réalisation des objectifs et des intérêts du belligérant.

*« (...) such broad phrases in international law are in reality reliance upon moral law and public opinion. »*<sup>1404</sup>

---

<sup>1402</sup> Commentaire article 63 de la CG I, disponible at <http://www.icrc.org/dih.nsf/COM/365-570075?OpenDocument>, consulté le 30 juin 2011

<sup>1403</sup> «...the rhetorical and ethical words of the Martens Clause itself have clearly exerted a strong pull toward normativity. », MERON, Theodor, *The Humanization of International Law*, ..., p. 29

<sup>1404</sup> US Department of the Army, International Law, N° 27-161-2-1962, cité par MERON, Theodor, «The Martens Clause, Principles of Humanity and Dictates of Public Conscience», ..., p. 88, qui ajoute: «Power and reciprocity, the traditional underpinnings of the law of war, still clash with the ethical normativity of the Martens Clause.»

Et: «The Clause is intended to be applied until such time a more complete set of rules is established but it has become clear that a really complete codification of the laws of war may remain impossible to achieve. Thus, the Clause will keep its importance, but this importance remains a subsidiary one limited to filling the gaps in existing law. Under extreme conditions only, it could have derogatory force, but only in the direction of further limitation of actions in war.», STREBEL, Helmut, «Martens' Clause», in BERNHARDT, Rudolf, (Dir.), *Encyclopaedia of public international law*, publié sous les auspices du Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Amsterdam/Londres, North-Holland/Elsevier, 1995, p. 327

## **b. Principes intransgressibles et cardinaux, considérations élémentaires d'humanité**

Ces différentes expressions apparaissent dans la jurisprudence internationale de manière peu systématique. Leur point commun est qu'elles font référence à certains standards fondamentaux absolus, garants d'une protection minimale en temps de conflit armé. Dans la majorité des cas, ces principes ont été cités en lien avec d'autres règles, dans le but de souligner leur importance ou leur fondement éthique.<sup>1405</sup> Principes, standards, considérations évoquent un certain degré de généralité, ainsi qu'une impression de force normative accrue. Il est vrai que les principes jouent un rôle capital en DIH, car ils inspirent l'ensemble de la matière et en influencent les développements. La Cour internationale de Justice fut la première instance à invoquer la notion de considérations élémentaires d'humanité, dans l'*affaire du Détroit de Corfou* : elle reconnut que certaines dispositions de la *Convention VIII de La Haye* étaient déclaratoires de principes généraux reconnus.<sup>1406</sup> Cette première utilisation n'est pas limitée au contexte de conflit armé, mais étend l'application de ces considérations également aux situations de paix. La formulation est répétée dans l'*affaire Nicaragua*, mais il semble que la Cour ne distingua pas entre les concepts de considérations élémentaires, qui, selon elle, sont reflétées dans l'article 3 commun, et les principes généraux de DIH. Ce manque de précision mena à une certaine confusion, voire à un amalgame entre les notions.<sup>1407</sup> Les considérations humanitaires élémentaires, principes éthiques absolus, s'appliquent à toutes les situations, mais sont limités à la protection des individus, alors que les principes généraux de droit humanitaire sont, quant à eux, circonscrits aux occurrences de guerre, mais englobent également les questions relatives aux moyens et méthodes de combat. Selon la CIJ, il existerait des règles essentielles, issues des principes généraux du DIH; ces derniers seraient exprimés ou développés dans les CG et devraient être respectés par tous les Etats, parties ou non aux conventions, car ils sont des principes intransgressibles de droit international coutumier. Ce sont ces derniers principes, issus pour la plupart des considérations d'humanité, qui intéressent cette section et il est possible d'en identifier un certain nombre.<sup>1408</sup>

---

<sup>1405</sup> BIANCHI, Andrea, NAQVI, Yasmin, *International Humanitarian Law and Terrorism*, ..., p. 145

<sup>1406</sup> *Affaire du Détroit de Corfou*, Royaume-Uni v. Albanie, Fond, Cour internationale de Justice, arrêt du 9 avril 1949, Recueil CIJ 1949, p. 22 : «...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... »

<sup>1407</sup> *Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Nicaragua vs. Etats-Unis d'Amérique, CIJ, Recueil C.I.J 1986, Fond, arrêt du 27 juin 1986, §§ 215-218, pp. 113-114. *Le Procureur v. Milan Martić*, Examen de l'acte d'accusation dans le cadre de l'article 61, Chambre de première instance du TPIY, Affaire IT-95-11-AR61, 8 mars 1996, § 13 : « (...) the prohibition against attacking the civilian population as such, as well as individual, and the general principle limiting the means and methods of warfare...emanate from the elementary considerations of humanity... »

<sup>1408</sup> Sur la différence entre considérations élémentaires d'humanité et principes généraux du DIH, voir, GREIG, Donald Westlake, «The Underlying Principles of International Humanitarian Law»,..., p. 65: «Elementary considerations of humanity, or whatever similar expression is used, are available as a basis for principles and rules of

Premièrement, les normes visant la protection de la dignité humaine sont à classer parmi les principes cardinaux du droit humanitaire : interdiction des mauvais traitements, prohibition de toute atteinte injustifiée à la vie humaine et à la dignité morale et physique des individus, principe de non-discrimination dans le traitement des victimes,<sup>1409</sup> ainsi que droit de bénéficier des garanties judiciaires fondamentales.<sup>1410</sup> A ce stade, le lien entre les droits de l'homme indérogeables et ces principes piliers du DIH paraît évident. L'article 3 commun aux CG peut être perçu comme regroupant l'ensemble des règles fondamentales en la matière, ce que la CIJ a soutenu dans l'*affaire Nicaragua*. A côté de ces normes liées au principe d'humanité, le droit des conflits armés se fonde sur d'autres piliers, qui lui sont spécifiques et qui ont trait à la conduite des hostilités : le principe de nécessité militaire, le principe de distinction (article 48 du PA I et articles 51 et 57, protection générale des civils et interdiction des armes et attaques indiscriminées), le principe de précaution (articles 57 et 58 du PA I), le principe de proportionnalité (article 51§5 du PAD), le principe de prohibition des moyens et des méthodes causant des maux superflus et des souffrances inutiles (article 35 du PA I), duquel découle le principe selon lequel le droit des parties à choisir les moyens et méthodes de combat ne soit pas illimité. Ces principes ont été incorporés en droit international positif et développés subséquemment par des règles plus précises. On peut également ajouter les principes ayant trait à la mise en œuvre du DIH : l'obligation de respect et de faire respecter, le devoir d'assistance humanitaire et l'obligation de prévention et de répression du crime de génocide.<sup>1411</sup>

La Cour internationale de Justice a désigné la Clause de Martens et les principes de distinction et de prohibition des maux superflus comme représentant des « *principes cardinaux formant le tissu du DIH* » et a affirmé que la plupart des règles de ce domaine constituaient des « *principes intransgressibles* ». Elle confirma dans le passage suivant l'antériorité, voire même la supériorité, de ces principes sur les dispositions conventionnelles correspondantes :

---

*law, but they have to be transformed into such principles and rules by the practice of States, through being recognized and acted upon by an international tribunal. »*

<sup>1409</sup> Notons que le principe interdit les discriminations défavorables, mais permet certaines distinctions positives en faveur des catégories vulnérables, notamment les enfants, les femmes et les vieillards, ainsi que la délivrance de soins en cas d'urgence médicale et l'approvisionnement en vivres qui doit être entrepris en fonction des priorités.

<sup>1410</sup> Par exemples, les articles 31 à 34 de la CG IV, les articles 3 et 12 de la CG I, 12 et 3 de la CG II, 3 et 13 de la CG III et 27 de la CG IV ; ou encore l'article 4 du PAII.

<sup>1411</sup> CHETAIL, Vincent, «The Fundamental Principles of Humanitarian Law Through the Case Law of the International Court of Justice», *Refugee Survey Quarterly*, vol. 21, N° 3, 2002, p. 209

Voir l'*affaire Nicaragua* devant la CIJ, 1986, §§ 242-243, qui reconnaît la nature coutumière du principe d'assistance humanitaire, qu'elle soit entreprise par la Croix-Rouge, les Nations Unies ou un Etat.

Relativement à l'obligation de prévenir et de punir les responsables du crime de génocide, voir *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Bosnie-Herzégovine v. Serbie-Monténégro, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J.1996, exceptions préliminaires, arrêt du 11 juillet 1996, §§ 31-32

« 79. C'est sans doute parce qu'un grand nombre de règles du droit humanitaire applicable dans les conflits armés sont si fondamentales pour le respect de la personne humaine et pour des « considérations élémentaires d'humanité », selon l'expression utilisée par la Cour dans son arrêt du 9 avril 1949 rendu en l'affaire du Détroit de Corfou (C.I.J. Recueil 1949, p. 22), que la convention IV de La Haye et les conventions de Genève ont bénéficié d'une large adhésion des Etats. Ces règles fondamentales s'imposent d'ailleurs 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 international coutumier. »<sup>1412</sup>

De nombreux juristes se sont penchés sur la signification du terme « intransgressible » dans ce contexte, car la Cour ayant été plus que lacunaire quant à la définition du contenu et de la portée de ces principes. Intransgressible ne veut pas dire inviolable, car toute règle de droit est dotée de cette caractéristique;<sup>1413</sup> la Cour a assurément procédé à un renvoi à une normativité renforcée, voire impérative, inhérente à certaines normes de DIH. L'accent est mis sur le droit des conflits armés comme un droit minimal, non sujet à des dérogations négatives ou à des exceptions, qui ne soient pas formellement prévues: aucune circonstance ne justifie les violations, ni peut en exclure l'illicéité. Toutefois, la Cour ne s'aventure pas sur le terrain du *jus cogens*, même si le juge Weeramantry reconnu le statut de *jus cogens* aux normes de DIH.<sup>1414</sup> Ces principes intransgressibles, représentant tant un plancher minium à ne pas enfreindre qu'un plafond se situant au sommet de la hiérarchie normative, laissent quelques doutes sur leur nature réellement indérogeable, même si certains acceptent que les normes essentielle du DIH aient « *a separate and independent existence under general international law, since they derive from the general principles of humanitarian law...* »<sup>1415</sup> Certes, elles visent la protection de valeurs éthiques censées être universelles, mais la possibilité laissée aux Etats de pouvoir les interpréter selon leurs intérêts, contraint à émettre quelques réticences, quant à cette conclusion. Point-de-vue confirmé par les conclusions de la CIJ: l'intransgressibilité de ces principes ne suffit pas à bannir l'arme nucléaire. Le droit à la survie de l'Etat intervient soit, comme une nouvelle circonstance excluant

---

<sup>1412</sup> Avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J. 1996, 8 juillet 1996, aux §§ 78-79.

<sup>1413</sup> CONDORELLI, Luigi, « Nuclear Weapons: A Weighty matter for the International Court of Justice », *International Review of the Red Cross*, N° 319, 1997, , p. 14, disponible, at <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jnfk.htm>, consulté le 8 avril 2011. Voir aussi le chapitre introductif, **partie I. A. 4. c. iii.**

<sup>1414</sup> Opinion dissidente du juge Weeramantry, p. 496 : « Les règles du droit international humanitaire ont manifestement acquis le statut de règles du *jus cogens*, car ce sont des règles fondamentales de caractère humanitaire auxquelles il ne peut être dérogé sans renier les considérations élémentaires d'humanité dont elles visent à assurer le respect. » Idem pour le juge Bedjaoui dans son opinion séparée, §21, p. 273, qui se limite à affirmer que la plupart des normes de DIH sont impératives. Pour le juge Koroma dans son opinion dissidente, p. 574 : « Si la Cour se prononçait sur la nature et l'application de ces règles, cela ne garantirait peut-être pas leur respect en toutes circonstances, mais cela serait néanmoins considéré comme une réaffirmation de ces règles dans la mesure où elles se rattachent à des valeurs humaines déjà protégées par des principes de droit positif qui, pris dans leur ensemble, attestent l'existence de certains critères d'ordre public. »

<sup>1415</sup> CHETAİL, Vincent, « The contribution of the International Court of Justice to International Humanitarian Law », *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, N° 850, juin 2003, p. 268

l'illégalité, soit comme une exception à l'obligation de respect du DIH en toutes circonstances, ébranlant ainsi la prétendue indérogabilité absolue du corpus.

L'insistance des organes internationaux sur les concepts de considérations élémentaires d'humanité et de principes fondamentaux incite, néanmoins, à admettre qu'ils génèrent des obligations juridiques, « *qui incorporent des règles de droit international général dont le dénominateur commun est l'obligation de respecter la dignité humaine, mais dont les implications concrètes...peuvent être définies au cas par cas...* »<sup>1416</sup> Que ces normes soient classifiées comme coutumières ou comme des principes généraux, ces standards possèdent une valeur normative, qui dépasse celle des règles ordinaires.<sup>1417</sup> La raison qui justifie cette normativité accrue réside dans le fait que la considération élémentaire d'humanité ou le principe intransgressible font la liaison entre les règles éthiques et les règles de droit, entre les fondements extra-juridiques de la norme et la norme juridique et constituent des seuils à ne pas franchir.<sup>1418</sup> Pourtant, leur interprétation varie considérablement et leur mise en pratique démontre qu'il ne s'agit pas de standards rigides. Par exemple, le principe de distinction permet des infléchissements et il revient évidemment à l'Etat, par l'intermédiaire des individus autorisés, d'évaluer si des nécessités militaires impérieuses exigent d'y « déroger » ou de l'adapter aux aléas du terrain;<sup>1419</sup> même constat pour le principe de précaution, qui impose uniquement l'obligation de prendre des mesures « pratiquement possibles ».

Le discours humanitaire fait preuve d'une grande prudence, quand il s'agit d'affirmer l'existence de principes généraux, car on craint que les CG et les PA ne soient réduits « *à quelques règles jugées essentielles au détriment d'autres, toutes aussi importantes...aux dépens d'autres règles*

---

<sup>1416</sup> DUPUY, Pierre-Marie, «Les considérations élémentaires d'humanité dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice», in Dupuy, Jean-René, (dir.), *Mélanges en l'Honneur de Nicolas Valticos : droit et justice*, Paris, Pedone, 1999, p. 125

<sup>1417</sup> « *...la nature intrinsèquement humanitaire des principes juridiques en jeu, qui imprègnent tout le droit des conflits armés et s'appliquent à toutes les formes de guerre et à toutes les armes, celles du passé, comme celles du présent et de l'avenir.* », *Avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J. 1996, 8 juillet 1996, § 86. Voir également, CHETAIL, Vincent, «The Fundamental Principles of Humanitarian Law Through the Case Law of the International Court of Justice»,..., p. 211: «*The fundamental principles of international humanitarian law constitute the normative quintessence of the truly universal humanitarian values. They reflect a universal ethical foundation shared by every member of the international community, who must be respected in all circumstances for the sake of the survival of human values and for the sheer necessity of protecting life.* »

<sup>1418</sup> DUPUY, Pierre-Marie, «Les considérations élémentaires d'humanité dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice»,..., p. 127

<sup>1419</sup> Les dommages collatéraux sont autorisés, ce qui tend à limiter la portée du principe de distinction. Sur le mot déroger, voir par exemple, article 54 du PA I relatif aux biens indispensables à la survie de la population, qui énonce à son § 5 : « *Compte tenu des exigences vitales de toute Partie au conflit pour la défense de son territoire national contre l'invasion, des dérogations aux interdictions prévues au paragraphe 2 sont permises à une Partie au conflit sur un tel territoire se trouvant sous son contrôle si des nécessités militaires impérieuses l'exigent.* »

*nombreuses et plus spécifiques... »*<sup>1420</sup> C'est certainement à cause de ce dilemme que la Cour internationale de Justice a précisé que les principes fondamentaux, qu'elle a identifiés dans son arrêt, sont indépendants des règles plus élaborées contenues dans les textes.<sup>1421</sup> Comme si les instruments de droit humanitaires, CG, PA et *Conventions de La Haye* ont intégré et codifié l'ensemble du droit international général et ne servent au final qu'à spécifier et détailler les principes et considérations de base. Certaines voix se sont élevées avec raison contre cette conclusion.<sup>1422</sup> Il existe indubitablement au sommet du DIH, certains principes et standards qui ont une puissance juridique renforcée, qui peut expliquer leur dimension indérogeable, même s'ils restent soumis aux diverses lectures, qui peuvent en être données. Cette prise de position bouleverse quelque peu les théories présumant de l'indérogeabilité totale de l'ensemble des règles de DIH.

### **c. L'article 3 commun aux Conventions de Genève, un minimum indérogeable?**

L'article 3 commun aux Conventions de Genève a été décrit comme une convention en miniature, « *a convention within the Conventions* ». Formulé de telle manière à être appliqué aux conflits à caractère non-international et adopté en réaction aux atrocités commises durant la guerre civile espagnole, la disposition a vu progressivement son champ d'application s'étendre à tout type de conflit et à tout type d'acteur, indépendamment de la conduite des belligérants. Les instances ont, en effet, interprété l'article 3 commun de manière évolutive, afin de combler les possibles lacunes du DIH et tenter d'adapter les règles aux réalités contemporaines.

*«La valeur de cette disposition dépasse le cadre du seul article 3. Si elle représente le minimum que l'on doit appliquer au conflit le moins déterminé qui soit, à plus forte raison doit-on le respecter dans les conflits internationaux proprement dits entraînant l'application intégrale de la Convention. Car, pourrait-on dire, « qui doit le plus, doit le moins ».*<sup>1423</sup>

---

<sup>1420</sup> ABI-SAAB, Rosemary, «Les Principes généraux du droit humanitaire selon la Cour internationale de Justice»,..., p. 385

<sup>1421</sup> *Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Nicaragua vs. Etats-Unis d'Amérique, CIJ, Recueil C.I.J 1986, Fond, arrêt du 27 juin 1986, § 218 : «*L'article 3 commun aux quatre conventions de Genève du 12 août 1949 énonce certaines règles devant être appliquées dans les conflits armés ne présentant pas un caractère international. Il ne fait pas de doute que ces règles constituent aussi, en cas de conflits armés internationaux, un minimum indépendamment de celles, plus élaborées...* »

<sup>1422</sup> Voir l'opinion dissidente du juge Jennings, p. 537 et l'opinion individuelle du juge Ago dans cette même affaire, § 6: «*Je suis également très hésitant devant l'idée qu'il existerait une large coïncidence de contenu entre les conventions de Genève et certains principes généraux de base du droit humanitaire, qui, de l'avis de la Cour, préexisteraient dans le droit coutumier et dont les conventions ne seraient que l'expression concrète ou tout au plus à certains égards le développement.* »

<sup>1423</sup> Commentaire de l'article 3 de la CG I. Confirmé dans les jurisprudences suivantes : *Procureur v. Dusko Tadic*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, Chambre d'appel, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Affaire IT-94-1, arrêt du 2 octobre 1995, § 102 et *Procureur v. Delalic et al.*, Affaire IT-96-21-A, Chambre d'appel, arrêt du 20 février 2001, §§ 143 et 150; *Hamdam v. Rumsfeld, Secretary of State et al.*, Supreme Court of the United States of America, N° 05-184, 29 juin 2006, §§ 49-50, disponible at <http://www.icrc.org/dih.nsf/COM/365-570006?OpenDocument>, consulté le 7 juillet 2011.

L'article 3 doit être compris comme « *un minimum obligatoire. Les mots « au moins » doivent être entendus dans ce sens, en même temps qu'ils constituent un encouragement à dépasser ce minimum.* »<sup>1424</sup> Il est le dénominateur commun, le noyau indestructible, regroupant les principes fondamentaux applicables aux conflits internationaux et non-internationaux. Les garanties judiciaires et de traitement prévues dans cette clause représentent une avancée significative, car elles furent en 1949 un signe révélant une volonté d'exclure la question des droits fondamentaux du domaine réservé des Etats et d'en faire un sujet de préoccupation internationale.<sup>1425</sup> Pour Jean Pictet, l'adoption de l'article fut une étape décisive dans l'évolution du droit international contemporain, qui tend progressivement à limiter la souveraineté des Etats et augmenter les prérogatives des individus.<sup>1426</sup> Lors des débats de la Conférence diplomatique ayant mené à l'adoption des CG, de nombreux Etats, spécialement les puissances coloniales et les Etats nouvellement indépendants, étaient opposés à tout rétrécissement de leurs compétences souveraines et à tout empiètement sur leur liberté d'agir lors de situations de crise interne, d'où le caractère relativement limité des obligations qui découlent de l'article.<sup>1427</sup> La dialectique entre nécessité et humanité est remplacée par celle entre souveraineté et humanité.<sup>1428</sup> Néanmoins, et ceci pour la première fois dans un instrument juridique conventionnel, les Etats acceptent de s'éloigner du paradigme traditionnel, ayant régi, pendant des siècles, leurs relations avec les individus se trouvant sous leur juridiction. Ils reconnaissent à ces derniers certains droits, dont ils doivent pouvoir jouir en toutes circonstances. L'article permet aussi d'imposer des obligations internationales à des entités non-étatiques, fait inédit en 1949. Assimilés aux considérations élémentaires d'humanité,<sup>1429</sup> les principes purement humanitaires mentionnés à l'article 3, se sont

<sup>1424</sup> Commentaire de l'article 3 de la CG I.

<sup>1425</sup> OPPENHEIM, Lassa F.L., *International Law, A Treatise*, 7<sup>ème</sup> Edition, Londres/New-York, Longmans Green, 1947, p. 671

<sup>1426</sup> PICTET, Jean, *Le droit humanitaire et la protection des victimes de la guerre*, Leiden/Genève, A.W. Sijthoff, Henry Dunant Institute, 1973, p. 152.

<sup>1427</sup> Vingt-cinq réunions furent nécessaires pour atteindre un consensus sur la formulation de l'article 3, en raison du fait qu'il constitue : « (...) *a big dent in the wall of State sovereignty by establishing the principle of the applicability of a minimum of humanitarian regulation whenever an internal armed conflict materializes on the territory of a State as a matter of legal obligation and independently of any act of will on the part of the established government.* », ABI-SAAB, Georges, « Conflicts of a non-international character: non-international armed conflicts », in *International dimensions of humanitarian law*, UNESCO, Genève/Paris/Dordrecht/Boston, Henry Dunant Institute/UNESCO/Martinius Nijhoff, 1988, p. 221. Le Comité de la Croix-Rouge avait proposé une disposition plus élaborée, exigeant des Etats parties qu'ils appliquent l'ensemble de la Convention lors de la survenance d'un conflit non-international, à condition que la partie rebelle fasse de même. Cette option aurait permis à la partie dissidente de nommer une puissance protectrice, ce qui aurait eu comme impact d'internationaliser le conflit. ABI-SAAB, Georges, « Conflicts of a non-international character: non-international armed conflicts », *ibidem*, p. 220.

<sup>1428</sup> ABI-SAAB, Rosemary, « Human Rights and Humanitarian Law in International Conflicts », in WARNER, Daniel, (Ed.), *Human Rights and Humanitarian Law: The Quest for Universality*, La Haye, Martinius Nijhoff, Nijhoff Law Specials n°29, 1997, p. 108, elle continue: « *This explains, to a great extent...the very elementary character and limited amount of the rules that States have accepted to be legally binding in international instruments relating to internal armed conflicts.* »

<sup>1429</sup> *Affaire Nicaragua*, Cour internationale de Justice, 1986, §§ 218-220: « *Article 3 which is common to all four Geneva Conventions of 12 August 1949 defines certain rules to be applied in the armed conflicts of a non*

vus octroyer une valeur coutumière: ils seraient donc un minimum applicable lors de tout type de conflit, n'impliquant aucune forme de réciprocité<sup>1430</sup> et liant tant les Etats, que les rebelles et les groupes d'opposition.<sup>1431</sup>

Cet article fut indubitablement influencé par le mouvement droit-de-l'homme d'après guerre. Les standards définis sont en effet très proches des droits de l'homme indérogables, qui furent par la suite inclus dans les diverses conventions en la matière. L'article 3 commun est le point de rencontre et de convergence initial entre le droit humanitaire et les droits de l'homme.<sup>1432</sup> Le PA II fut par la suite adopté, afin de renforcer et développer les droits et les garanties énumérés dans l'article 3, notamment à ses articles 4 à 6.<sup>1433</sup> Il demeure que cet article commun aux quatre conventions reflète une certaine réticence de la part des Etats à abandonner leur souveraineté ; l'article 3 n'est, au final, qu'une timide brèche dans cette dernière.<sup>1434</sup> Outre une formulation concise et très générale, permettant des interprétations divergentes, notamment au plan de l'identification du seuil de violence requis<sup>1435</sup> et de la portée des protections offertes, la disposition présente quelques lacunes importantes.<sup>1436</sup> Premièrement, la disposition protège les personnes qui

---

*international character. There is no doubt that, in the event of international armed conflicts, these rules also constitute a minimum yardstick, in addition to the more elaborate rules which are also to apply to international conflicts; and they are rules which, in the Court's opinion, reflect what the Court in 1949 called "elementary considerations of humanity"...*»

<sup>1430</sup> «It seemed therefore of importance that the obligation on a legitimate government to apply, however in a limited measure, the provisions of an international Convention to insurgents should not be taken as conferring upon insurgents any claim to recognition as belligerents or as imposing any duty of recognition upon the legitimate government. », GUTTERIDGE, Joyce A.C., « The Geneva Conventions of 1949 », *British Yearbook of International Law*, vol. 26, 1949, p. 300.

<sup>1431</sup> Notamment reconnu dans *Le Procureur v. Dusko Tadic, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*, Chambre d'appel, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Affaire IT-94-1, arrêt du 2 octobre 1995, § 98 ; *Procureur v. Delalic et al.*, Affaire IT-96-21-A, Chambre d'appel, arrêt du 20 février 2001, §§ 157-160 ; *Salim Ahmed Hamdan v. Donald Rumsfeld et al.*, Supreme Court of the United States, 26 juin 2006, pp. 63-70

<sup>1432</sup> Même Meyrowitz, pourtant tenant de la doctrine séparatiste, reconnaît que l'article 3 est l'unique point de rencontre entre les deux corpus. MEYROWITZ, Henry, « Le droit de la guerre et les droits de l'homme », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol.88, 1972, p. 104.

<sup>1433</sup> Voir également l'article 19 de la *Convention de La Haye de 1954 sur la protection des biens culturels*, qui reconnaît à la Convention une applicabilité, certes limitée, aux situations de CANI.

<sup>1434</sup> Le PA II confirmera cette tendance, par exemple en ne prévoyant aucun mécanisme de mise en œuvre, hormis l'obligation de diffusion ; les organisations de secours peuvent offrir leurs services, mais les parties sont libres de les refuser, voir les articles 18 et 19.

<sup>1435</sup> Aucune définition n'est donnée de la notion de conflit à caractère non-international dans l'article 3. La jurisprudence se chargera de préciser la notion : *Dusko Tadic, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*, Chambre d'appel, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Affaire IT-94-1, arrêt du 2 octobre 1995, §70, **supra note de bas de page 1149**. Le PA II définit son champ d'application à son article 1. Il est toutefois considéré comme extrêmement restrictif et imposant un seuil d'applicabilité élevé, extrêmement difficile à atteindre.

<sup>1436</sup> «Common Article 3- the most established source of international law on internal war- has been termed more a statement of affectionate generalities than of precise guidelines...The text of that article, its drafting history, and subsequent interpretation do not make clear the exact scope and full content of Common Article 3.», FORSYTHE, David P., «Legal Management of Internal War: the 1977 Protocol on Non-International Armed Conflict», *American Journal of International Law*, vol. 72, 1978, p. 273

ne participent pas ou plus aux hostilités : aucune précision n'est donnée sur la question de la conduite des hostilités. Rien n'est énoncé relativement à la mise en œuvre, ni à une quelconque obligation contraignante d'accepter l'assistance du CICR. Même s'il est affirmé que le droit d'initiative humanitaire de la Croix-Rouge est une obligation moralement contraignante pour les Etats,<sup>1437</sup> il leur revient de décider d'accepter ou de refuser la proposition d'assistance.<sup>1438</sup> L'article 3 est silencieux sur la problématique de la répression des violations de règles qu'il énonce. Il n'empêche certes pas les gouvernements de poursuivre les rebelles pour avoir commis des crimes de droit commun, mais interdit tout de même les condamnations à mort et prévoit des garanties fondamentales de *due process*.<sup>1439</sup> Relevons que les actes prohibés par l'article 3 sont repris dans les articles sur les infractions graves et que l'on peut admettre que les dispositions de CG relatives à la mise en œuvre, obligation de prendre des mesures de suppression et de répression des violations et droit d'ouvrir une enquête, sont applicables aux transgressions de l'article 3. Finalement, l'article 3 présente un dernier point faible : « *l'application des dispositions qui précèdent n'aura pas d'effet sur le statut juridique des Parties au conflit*. Aucun statut juridique n'est *ipso facto*, en conséquence, accordé aux rebelles. Cet alinéa fut la condition *sine qua non*, sans laquelle l'article n'aurait jamais été adopté.<sup>1440</sup>

L'article 3 présente une indérogeabilité de façade, aucune exception, ni limitation étant explicitement mentionnée. En théorie, l'avantage est, qu'une fois le seuil du conflit non-international atteint, l'article 3 s'applique automatiquement, par opposition à l'institution de reconnaissance de belligérance.<sup>1441</sup> Aucune acceptation tacite ou expresse n'est exigée pour que

---

<sup>1437</sup> *Commission of Experts for the Study of the Question of Aid to Victims of Internal Conflict*, International Committee of the Red Cross, Geneva, October 10962, p. 3

<sup>1438</sup> L'article 3 dit : « *Un organisme humanitaire impartial, tel que le Comité international de la Croix-Rouge, pourra offrir ses services aux Parties au conflit.* »

<sup>1439</sup> SALINAS BURGOS, Hernan, « The application of international humanitarian law as compared to human rights law, in situations qualified as internal armed conflict, internal disturbances and tensions, or public emergency, with special reference to war crimes and political crimes », in SANDOZ, Yves, KALSHOVEN, Frits, (Eds.), *Implementation of International Humanitarian Law : research papers by participants in the 1986 Session of the Centre for Studies and Research in International Law and International Relations of the Hague Academy of International Law/Mise en œuvre du droit International Humanitaire : travaux de recherche des participants à la session de 1986 du centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales de l'Académie de droit international de La Haye*, Dordrecht/Boston, Martinus Nijhoff, 1989, p. 6

<sup>1440</sup> Commentaire article 3, CG III, disponible at <http://www.icrc.org/dih.nsf/COM/375-590006?OpenDocument>, consulté le 8 juillet 2011 : « *Ainsi, le fait d'appliquer l'article 3 ne constitue en lui-même, de la part d'un gouvernement légitime, aucune reconnaissance d'un pouvoir quelconque à la Partie adverse; il ne limite en aucune manière son droit de réprimer une rébellion par tous les moyens légaux - y compris l'usage des armes; il n'affecte en rien son droit de poursuivre, juger, condamner ses adversaires, conformément à la loi. De même, le fait pour le parti adverse, quel qu'il soit et quelque qualification qu'il se donne ou à laquelle il prétende, d'appliquer cet article ne lui confère aucun statut international nouveau.* »

<sup>1441</sup> Voir le commentaire du CICR : « *Ce texte a encore pour lui d'être applicable automatiquement, sans condition de réciprocité. Son observation n'est pas subordonnée à des discussions préliminaires sur la nature du conflit ou sur celle des dispositions particulières à respecter, comme cela eût été le cas avec les autres projets discutés. S'il ne prévoit que l'application des seuls principes de la Convention, il définit ces principes et il les complète par l'énoncé de*

l'article déploie ses effets, contrairement, par exemple, à certaines dispositions demandant l'acceptation et/ou l'application effective par les parties.<sup>1442</sup> Il est toutefois évident que les obligations imposées aux parties rebelles, dépendent de la ratification des instruments par leur gouvernement national. L'extension du DIH aux entités non-étatiques et aux conflits internes ne se réalise que par l'intermédiaire de la volonté étatique et par l'acceptation des engagements par les rebelles: le caractère universellement contraignant de l'article 3 repose sur le consentement de toutes les parties, ce qui ne signifie pas que le respect de l'article constitue une condition formelle d'application.<sup>1443</sup> Cependant, si les rebelles ne respectent pas les dispositions, car souvent, ils n'en sont pas capables ou ils ne sont pas désireux de respecter le droit à l'encontre de leur ennemi, il est peu vraisemblable que les gouvernements honorent leurs engagements : la réciprocité influence l'application effective du DIH lors d'un conflit interne, au détriment du langage de l'article qui tend à l'exclure. Il existe de nombreux exemples d'occurrences, où les Etats ont refusé d'appliquer l'article 3 à une situation de conflit non-international, car ils ne voulaient pas octroyer des droits ou un quelconque statut aux rebelles, ni devoir respecter des obligations à leur encontre.<sup>1444</sup> De plus, aucun organe n'a l'autorité de procéder à une caractérisation juridiquement contraignante de la situation. L'article 3 symbolise un accord humanitaire minimal, regroupant les garanties fondamentales et son contenu matériel peut être certes perçu comme normativement supérieur. A nouveau, la réticence des Etats à en faire une application efficace mène à remettre en question la

---

*quelques règles impératives. Enfin, il présente l'avantage de formuler, dans chacune des quatre Conventions, la règle commune qui les gouverne. »*

<sup>1442</sup> Articles 2§3 commun au CG, 96§1 et §3 du PAI en lien avec l'article 1§4.

<sup>1443</sup> FLEINER-GERSTER, Thomas, MEYER, Michael A, «New Development in Humanitarian Law: A Challenge to the Concept of Sovereignty, », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 34, 1985, p. 278; CASSESE, Antonio, «The Status of Rebels under the 1977 Geneva Protocols on Non-International Armed Conflicts», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 30, 1981, p. 429 et DINSTEIN, Yoram, «The International law of civil wars and human rights», *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 6, 1976, p. 67: «*The whole concept of Article 3 is nevertheless based on an implicit postulate that engagements undertaken by a State will bind not merely the Government representing it, but also the rebels fighting against it.*»

« (...) *the idea that common Article 3 was to apply to armed conflicts between armed forces and patriots who complied with humanitarian principles remained central to the object and purpose of common Article 3.*», BIANCHI, Andrea, NAQVI, Yasmin, *International Humanitarian Law and Terrorism, ...*, p. 106

<sup>1444</sup> Le Nicaragua, le Salvador et l'Afghanistan n'ont jamais reconnu l'existence d'une guerre civile sur leur territoire, tout comme le Royaume-Uni lors des violences au Kenya et à Chypre, ou encore dans le conflit qui l'a opposé à l'Irlande du Nord. MERON, Theodor, *Human Rights in Internal Strife: Their International Protection*, Hersch Lauterpacht Memorial Lectures, Cambridge, Grotius Publications, 1987, p. 47 et LYSAGHT, Charles, «The scope of Protocol II and its relation to common Article 3 of the Geneva Conventions of 1949 and other human rights instruments», *The American University Law Review*, vol. 33, 1983-1984, p. 14.

Voir les déclarations du Zaïre, notamment lors de la Conférence de 1949: «...*dissident armed forces are primarily a group of rebels with no international personality...To claim otherwise would be to place a sovereign State on the same footing as a rebel movement, and that would imply de facto recognition of the movement.* », *DOC, CCDH/SR. 50, Annexe*, p.104.

nature indérogeable de l'article.<sup>1445</sup> La même conclusion peut être atteinte relativement au PA II, qui peut être défini comme :

*«...a very general document...and a very flawed instrument which reflects in clearest terms the sensitivity of states to legal and other outside restrictions imposed on the way in which they deal with subversion, terrorism, internal warfare, or whatever they may choose to call it. »<sup>1446</sup>*

Afin d'être exhaustif et précis, cette section devrait être complétée par une brève analyse de l'article 75 du PAI, qui, comme l'article 3, « *constitue un minimum auquel aucune dérogation n'est possible* ». <sup>1447</sup> La disposition vise à assurer une protection aux personnes se trouvant aux mains d'une partie au conflit et, qui ne peuvent prétendre à un statut protégé. La rhétorique employée fait à nouveau référence à une volonté de mettre en place un plancher de garanties absolues, exprimées en des termes qui n'acceptent aucune exception :

*«(...) les personnes qui sont au pouvoir d'une Partie au conflit et qui ne bénéficient pas d'un traitement plus favorable en vertu des Conventions et du présent Protocole seront traitées avec humanité **en toutes circonstances** et bénéficieront au moins des protections...**Sont et demeureront prohibés en tout temps et en tout lieu** les actes suivants, qu'ils soient commis par des agents civils ou militaires... [Nous soulignons]»*

L'article 3, tout comme l'article 75, présente des traits communs avec le noyau dur indérogeable des droits de l'homme. Il s'ensuit que l'applicabilité de ces dispositions, en toutes circonstances et à toute personne affectée par les affrontements, les dotent d'une normativité renforcée, par rapport à d'autres articles sujets à certaines exceptions et limitations. S'il existe une tendance à ne pas appliquer ces dispositions de manière efficace, il reste que ces dernières introduisent une impression de gradation normative, en raison de leur rhétorique absolutiste et de leur portée quasi-illimitée. Elles regroupent les garanties humanitaires et les droits fondamentaux, que les Etats devraient observer en tout temps et en tout lieu, et reflètent certaines valeurs universelles, dont l'acceptation et le respect ne devraient pas être tributaires de la seule volonté de l'Etat.

---

<sup>1445</sup> Sur la réticence des Etats à reconnaître l'applicabilité du droit des conflits armés non-internationaux, voir: JUNOD, Sylvie, « Additionna Protocol II: History and Scope», *The American University Law Review*, vol. 33, n° 1, 1983-1984, pp. 29-40

<sup>1446</sup> ALDRICH, George, « Protocols Additional to the Geneva Conventions on the Laws of War», *Proceedings of the American Society of International Law*, vol. 74, 1980, p. 191

<sup>1447</sup> Commentaire de l'article 75 du PAI, disponible at <http://www.icrc.org/dih.nsf/COM/470-750096?OpenDocument>, consulté le 25 juillet 2011.

## d. Violations, violations graves, infractions graves et crimes de guerre

### i. Définitions

La criminalisation des violations du DIH est perçue comme une exigence nécessaire, afin de mettre en œuvre les règles de ce domaine, qui manque cruellement de mécanismes efficaces en la matière. Le déclenchement de la responsabilité internationale pénale de l'individu, qui transgresse une obligation fondamentale de droit humanitaire, est un signe de l'importance et de la force contraignante des normes régulant les conflits armés et démontre la volonté de la société internationale de condamner les violations perpétrées.

« *The law is not peremptory because it has sanctions; it has sanctions because it is peremptory.* »<sup>1448</sup>

Les CG ont uniformisé le système de répression, qui fut par la suite précisé et développé par le PA I.<sup>1449</sup> Les conventions distinguent divers types de violations, en leur attribuant des conséquences différentes, selon la gravité et le caractère systématique de l'acte illicite. Ce qui est certain est que toute violation doit être punie : violations ordinaires, violations graves, infractions graves et crimes de guerre. Relativement à la catégorie des violations ordinaires, transgressions d'une règle qui ne touche pas à un intérêt essentiel collectif, l'Etat partie doit prendre « *les mesures nécessaires pour faire cesser les actes contraires aux dispositions* ». <sup>1450</sup> L'Etat reste libre du choix des mesures, mais il n'a pas l'obligation de punir pénalement l'individu responsable. La notion de violation grave apparaît uniquement dans le Protocole additionnel I, aux articles 89 (Coopération) et 90 (Commission d'établissement des faits). Les deux dispositions séparent l'infraction grave de la violation grave : « *Il s'agit donc de comportements contraires à ces instruments et revêtant un caractère de gravité, mais ne figurant pas comme tels dans les listes d'infractions graves.* »<sup>1451</sup> Selon Erich Kussbach, la violation d'une règle de DIH, autre qu'une infraction grave, enclenche la responsabilité internationale de l'Etat partie, alors les infractions graves engagent également, soit directement (crimes de guerre), soit par l'intermédiaire du droit interne (*delictum iuris gentium*), la responsabilité personnelle de l'individu, auteur du délit international.<sup>1452</sup> Face à des violations

---

<sup>1448</sup> PICTET, Jean, *Development and principles of humanitarian law*, ..., p. 86

<sup>1449</sup> Notons que quelques dispositions dans le *Règlement de La Haye de 1907*, à ses articles 41 et 59, prévoient la répression de certaines violations. Egalement, le traité de Versailles, à ses articles 228-230.

<sup>1450</sup> Articles 49 al. 3/ 50 al. 3/ 129 al. 3 et 146 a. 3 des CG ; voir l'article 29 de la CG I de 1929.

<sup>1451</sup> Le Commentaire de l'article 89 du PAI continue en précisant qu'une violation grave est soit, constituée par des comportements isolés non énumérés parmi les infractions graves mais revêtant tout de même un caractère de gravité; soit par des comportements non énumérés parmi les infractions graves, mais revêtant un caractère de gravité par leur nombre ou leur répétition systématique, ou par les circonstances; ou encore une violation grave peut être une violation «globale», par exemple le fait de soustraire une situation, un territoire, une catégorie de personnes ou de biens à l'application des Conventions ou du Protocole.

Disponible at <http://www.icrc.org/dih.nsf/COM/470-750116?OpenDocument>, consulté le 13 juillet 2011.

<sup>1452</sup> KUSSBACH, Eric, «La Commission internationale d'établissement des faits en droit international», *Military Law and Law of War Review*, vol. 20, 1981, p. 101. Egalement, *Le Procureur v. Dusko Tadic, Arrêt relatif à l'appel de la*

graves, les Etats ont le devoir de coopérer avec les Nations Unies et peuvent, s'ils donnent leur consentement à la compétence de celle-ci, mettre en place une procédure d'enquête à travers la Commission d'établissement des faits.

Les CG introduisent le terme d'infractions graves, qui sont définies comme « *des infractions dont les auteurs seraient recherchés dans tous les pays* », selon le commentaire du CICR, expression qui fait écho la manière de désigner les pirates comme des ennemis de l'humanité.<sup>1453</sup> Ces infractions doivent être commises contre des personnes ou des biens protégés. Bien qu'aucune définition ne soit donnée de la notion d'infraction grave, une liste d'actes est incluse dans chaque CG et dans le PA I.<sup>1454</sup> Chaque énumération comporte un ensemble commun de dispositions et ajoute une série d'infractions graves spécifiques à chaque convention. Une infraction grave peut être le fait de celui qui commet ou de celui qui donne l'ordre de commettre l'un ou l'autre des actes mentionnés. Rappelons que les CG étaient silencieuses sur la responsabilité de ceux qui tolèrent ou n'agissent pas pour prévenir les infractions graves. Cette lacune fut comblée par le PAI, dont l'article 86 prévoit la responsabilité des supérieurs en cas d'omissions.

Après un rappel de l'identité des régimes répressifs des CG et du PAI, ce dernier précise et étend aux nouvelles catégories de personnes protégées la liste des infractions graves à ses articles 11§4 et 85§2. Est ajouté au §3 de cette clause une série d'actes, qui « *lorsqu'ils sont commis intentionnellement, en violation des dispositions pertinentes du PAI et qu'ils entraînent la mort ou causent des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé* » constituent aussi des infractions graves.<sup>1455</sup> Le §5 de l'article 85 stipule que les infractions graves aux CG et au PA sont considérées comme des crimes de guerre. Soulignons que la notion de crime de guerre est plus large que celle d'infraction grave, car elle inclut les violations sérieuses de normes incluses dans d'autres instruments de DIH. Le crime de guerre se limite initialement aux violations du droit de La Haye, alors que les infractions graves caractérisent traditionnellement les transgressions de normes appartenant au droit de Genève et commises lors d'un conflit international ou d'une situation couverte par l'article 1§4 du PAI. Les délégations crurent bon en 1977 « *d'affirmer l'unité de la notion de crime de guerre, que les crimes particuliers soient définis par le droit de Genève*

---

*défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*, Chambre d'appel, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Affaire IT-94-1, arrêt du 2 octobre 1995, § 94 : « ...la violation doit être grave, c'est-à-dire qu'elle doit constituer une infraction aux règles protégeant des valeurs importantes et cette infraction doit entraîner de graves conséquences pour la victime. Ainsi, par exemple, le fait qu'un combattant s'approprie simplement un pain dans un village occupé ne constituerait pas une "violation grave du droit international humanitaire". »

<sup>1453</sup> Commentaire article 146 de la CG IV.

Disponible at <http://www.icrc.org/dih.nsf/COM/380-600168?OpenDocument>, consulté le 13 juillet 2011

<sup>1454</sup> Articles 50/51/130/ et 147 des CG et 85 § 2-4 du PA I.

<sup>1455</sup> Notons que le § 4 énumère d'autres actes constitutifs d'infractions graves, sans prise en considération de l'effet et du résultat de l'acte.

ou par celui de La Haye et de Nuremberg ». <sup>1456</sup> Dans les deux cas, il s'agit d'interdictions absolues, qui engagent la responsabilité pénale de l'individu, et qui peuvent, de plus, générer une compétence universelle. Hersch Lauterpacht décrit les crimes de guerre comme:

«...offences against the laws of war as are criminal in the ordinary and accepted sense of fundamental rules of warfare and if general principles of criminal law by reason of their heinousness, their brutality, their ruthless disregard of the sanctity of human life and personality, or their wanton interference with the rights of property unrelated to reasonably conceived requirements of military necessity. » <sup>1457</sup>

La différence originale entre crimes de guerre et infractions graves peut être définie comme suit : alors que l'infraction grave doit entraîner des conséquences pénales en droit domestique, un crime de guerre génère des conséquences au plan international. <sup>1458</sup> La frontière entre les deux concepts s'est peu à peu atténuée, notamment avec l'inclusion dans les statuts des tribunaux pénaux internationaux d'actes appartenant aux deux catégories : les infractions graves ont désormais également des conséquences en droit international. <sup>1459</sup>

La liste des crimes de guerre, et autres crimes de droit international commis lors d'un conflit et déclenchant la responsabilité pénale de l'individu, a été également développée par l'intermédiaire d'une jurisprudence extrêmement large au plan de son approche interprétative. L'affaire *Tadic* a, par exemple, mené à considérer le rapport sexuel forcé comme un traitement cruel, violant les lois et coutumes de la guerre, telles que définies à l'article 3 du Statut du TPIY ; les juges dans l'affaire *Kunarac* ont estimé que le viol était constitutif d'un crime contre l'humanité. <sup>1460</sup> Les conflits armés non-internationaux ne connaissaient pas les crimes de guerre et les infractions graves, mais la jurisprudence *Tadic*, ayant consacré le caractère coutumier de l'article 3 commun aux CG, a déduit que des crimes de guerre pouvaient être également commis lors de CANI et que la responsabilité pénale des coupables pouvait être engagée, même en l'absence de « *dispositions*

---

<sup>1456</sup> Commentaire article 85 du PA I, disponible at <http://www.icrc.org/dih.nsf/COM/470-750111?OpenDocument>, consulté le 13 juillet 2011. Notons que l'article 6 (b) du Statut du Tribunal de Nuremberg définit une liste d'actes constituant des crimes de guerre, mais précise qu'il ne s'agit pas là d'une liste exhaustive. Et voir *Projet de Code de crimes contre la paix et la sécurité de l'Humanité*, projet d'article 22, les « infractions graves » sont désignées comme une catégorie de « crimes de guerre », Commission du droit international, rapport à la Cinquantième Assemblée générale, A/50/10, p. 51-53.

<sup>1457</sup> LAUTERPACHT, Hersch, « Law of Nations and Punishment of War Crimes », *British Yearbook of International Law*, vol. 21, 1944, p. 79

<sup>1458</sup> ÖBERG, Marco Divac, «The absorption of grave breaches into war crimes law», *International Review of the Red Cross*, vol. 91, N° 873, March 2009, p. 166: «...grave breaches are violations of certain primary rules of international humanitarian law with penal consequences in domestic law, while war crimes consist of secondary rules of international criminal law that attach criminal sanctions to breaches of primary rules of international humanitarian law. »

<sup>1459</sup> Bien que les statuts distinguent entre les deux types de violations, il y a une certaine confusion dans la catégorisation des actes. Par exemple, l'article 8 du Statut de Rome classe certaines infractions graves au PAI comme des crimes de guerre.

<sup>1460</sup> Voir les affaires *Procureur v. Dusko Tadic, Acte d'accusation du 13 février 1995*, § 4.2 et affaire IT-94-1-T, TPIY, Chambre de première instance, jugement du 7 mai 1997, §§ 194 et suivants et *Procureur v. Kunarac et al.*, Affaire IT-96-23 et IT-96-23/1, Chambre d'appel, arrêt du 12 juin 2002, §§ 125-133.

sur la répression des violations ». <sup>1461</sup> Le Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda prévoit quant à lui explicitement sa compétence pour des crimes de guerre commis lors du conflit, en faisant référence à l'article 3 commun et au PAII. <sup>1462</sup> Ceci constitue une réelle innovation, car pour la première fois, il est admis que des actes commis lors d'un conflit interne peuvent engager la responsabilité internationale pénale de l'individu. <sup>1463</sup>

## ii. Régimes juridiques des infractions graves et des crimes de guerre

Le régime issu de la commission d'infractions graves engendre, comme déjà souligné, la responsabilité pénale de l'individu, qui peut être poursuivi au niveau national et éventuellement à l'échelle internationale. Les CG et le PA I ne prévoient pas explicitement de compétence internationale pour les infractions graves, mais ne l'excluent pas non plus, bien que la proposition faite par le CICR dans ce sens fût refusée par les Etats, craignant que leurs nationaux coupables d'infractions graves ne soient jugés par un tribunal international. Notons que la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, à son article VI, et la *Convention pour la prévention et la répression du crime d'Apartheid*, à son article 5, mentionnent expressément la possibilité de juger les infractions devant un tribunal international.

Certaines obligations sont imposées aux Etats parties aux CG et au PAI en lien avec les infractions graves: l'obligation de réprimer ce type de violations paraît être absolue et indérogable. <sup>1464</sup> Premièrement, ils doivent édicter des lois pénales adéquates, afin de punir les coupables ; <sup>1465</sup> ils ont l'obligation de rechercher les individus suspectés, les juger ou les remettre pour jugement à un autre Etat, indépendamment du lieu où l'infraction est commise (*aut dedere aut judicare*). Les Etats doivent finalement mettre en place une compétence universelle pour ce type de violations. <sup>1466</sup>

Jusqu'à récemment, ce droit, ou plutôt cette obligation, *d'actio popularis* conféré aux Etats s'est révélé être un échec : il n'existe en effet aucun mécanisme apte à forcer ces derniers à mettre en

---

<sup>1461</sup> La section traitant du droit coutumier, **parties III. C. 7. e. et f.** reviendra sur cette extension de la notion de crime de guerre.

Voir *Le Procureur v. Dusko Tadic, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*, Chambre d'appel, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Affaire IT-94-1, arrêt du 2 octobre 1995, § 128. Le TPIY a ajouté que les Etats avaient la possibilité de prévoir la compétence universelle pour les crimes de guerre commis en temps de conflits internes (§ 80), ou que tout du moins, rien ne les empêche de la mettre en œuvre.

<sup>1462</sup> Article 4 du Statut du TPIR.

<sup>1463</sup> Admis dans le statut de la CPI, article 8 (2) c/d/e.

<sup>1464</sup> Voir les articles 51/52/131/148 des CG, qui excluent toute possibilité pour les Etats de s'exonérer de leur responsabilité en cas d'infractions graves.

<sup>1465</sup> On retrouve cette obligation dans les CG de 1906, article 28 et celles de 1929, articles 29 et 85.

<sup>1466</sup> Articles 49/50/129/146 des CG et articles 85§1 du PAI et 86§1, concernant l'obligation de faire cesser les infractions graves résultant d'une omission.

œuvre cette compétence universelle. De plus, les Etats sont réticents à juger leurs propres nationaux, ou les nationaux d'autres nations, responsables de violations. Le choix des amnisties et des commissions de réconciliation nationale ont parfois été privilégiées, mais une question se pose: les infractions graves et les crimes de guerre, représentant la négation la plus totale des valeurs et de la morale humanitaires, ne devraient-ils pas constituer des normes de *jus cogens*, non sujettes aux dérogations et donc aux amnisties?<sup>1467</sup> Une amnistie peut être perçue comme une dérogation par accord entre les parties concernées ou aussi comme une circonstance lavant l'acte de son caractère illicite. Un Etat ne peut abroger, unilatéralement ou par accord, le caractère d'infraction grave d'un acte commis en violation du DIH. Ceci violerait logiquement son obligation de punir les infractions graves. Cette dérogation ne devrait pas produire d'effet juridique en droit international. Certes, le PAII encourage les Etats à accorder des amnisties aux rebelles, pour des actes qui ne sont pas en contravention avec les lois de la guerre, mais qui peuvent être contraires aux lois domestiques. Il demeure évident que les actes constituant des infractions graves ne devraient pas être couverts par une loi d'amnistie. Toutefois, notons que les Accords de Dayton acceptèrent le principe des amnisties, à l'exception des violations du DIH prévues dans le Statut du TPIY.<sup>1468</sup> Il semblerait absurde de permettre les amnisties pour les crimes de guerre, alors que la *Convention de 1968* rend ces actes imprescriptibles et exige des Etat d'adopter des lois dans ce sens.<sup>1469</sup>

Le PAI tente de surmonter certains obstacles pouvant empêcher la répression des infractions graves, en encourageant les Etats parties à s'accorder l'entraide judiciaire et à coopérer en matière d'extradition. Toutefois, l'article 88 précise que ses dispositions n'affectent pas les autres traités bilatéraux et multilatéraux régissant la matière. Ce devoir d'extrader les criminels de guerre fut déjà mentionné par l'Assemblée Générale dans sa *Résolution 170 (III)* du 31 octobre 1947, intitulée extradition des criminels de guerre. L'organe plénier a aussi limité le droit des personnes soupçonnées de crimes internationaux de chercher asile.<sup>1470</sup> Il est manifeste que le fait d'assimiler les infractions graves à des crimes de guerre a permis d'attacher à ces dernières des conséquences

---

<sup>1467</sup> *Procureur v. Anto Furundzija*, Affaire IT-95-17/1-T, TPIY, Chambre de première instance, jugement du 10 décembre 1998, § 155

<sup>1468</sup> *Accords de paix de Dayton* signés à Paris le 14 décembre 1995. Voir aussi par exemple le *Septième rapport du Secrétariat général pour les Nations-Unies, Mission en Sierra Leone*, UN Doc. S/1999/836, 30 July 1999, para 7, la garantie d'amnistie générale prévue et sans condition dans l'accord de Lomé ne pouvait s'appliquer au crime de génocide, aux crimes contre l'humanité, aux crimes de guerre et autres violations graves de la loi humanitaire internationale.

<sup>1469</sup> *Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité*, 26 novembre 1968.

<sup>1470</sup> *Résolution 2312 de l'Assemblée générale, Déclaration sur le droit d'asile*, 14 décembre 1967, § 1.2 et Résolutions du Conseil de sécurité 1314 du 11 août 2000, § 2 (question des enfants soldats) et 1325 du 31 octobre 2000, § 11 (crimes contre les femmes): le Conseil demande également l'exclusion de toute amnistie pour ces crimes, mais uniquement dans la mesure du possible.

juridiques qui n'étaient pas initialement prévues. Progressivement, il fut accepté que certaines circonstances atténuantes ou excluant la responsabilité pénale des auteurs ne devraient pas pouvoir être appliquées en cas d'infractions graves. Il a été noté *supra* que les commandants sont soumis au respect d'obligations, et en cas d'omission à leur devoir de prévenir les violations et réprimer les infractions graves, ils peuvent voir leur responsabilité engagée. Ceci fait écho à l'approche qui exclut les immunités et la capacité officielle comme motifs exonérateurs de la responsabilité en cas de crimes de guerre :

*« La situation officielle des accusés, soit comme chefs d'Etats, soit comme hauts fonctionnaires, ne sera considérée ni comme une excuse absolutoire ni comme un motif de diminution de la peine. »<sup>1471</sup>*

Le Statut de la Cour pénale internationale est le seul instrument qui fait une mention explicite de la question des immunités, à son article 27§2: le principe d'immunité souveraine n'est pas un obstacle à sa compétence. Cette disposition tend à renforcer la tendance à favoriser la protection de la dignité humaine au détriment d'une conception absolue relativement à la souveraineté des Etats.

Un autre aspect a été abordé par la doctrine et il mérite de s'y attarder. Il s'agit de la problématique relative « aux ordres du supérieur hiérarchique ». Les CG et le PA I sont muets sur cette question, en grande partie en raison de l'attitude des Etats craignant, lors des conférences de codification, qu'une règle stricte ne favorisât l'insubordination. Les statuts des tribunaux pénaux *ad hoc* ont exclu cette excuse, dans les cas où l'ordre donné mène à la commission d'un crime international. Cependant, obéir à un ordre illégal reste un motif d'atténuation de peine. L'article 8 du Statut du Tribunal de Nuremberg se lisait comme suit :

*« Le fait que l'accusé a agi conformément aux instructions de son Gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne le dégagera pas de sa responsabilité, mais pourra être considéré comme un motif de diminution de la peine, si le Tribunal décide que la justice l'exige. »<sup>1472</sup>*

---

<sup>1471</sup> Article 7 de l'Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et statut du tribunal international militaire, Londres, 8 août 1945; article 7§2 du Statut du TPIY; article 6§2 du Statut du TPIR; article 27 du Statut de Rome de la CPI ; article 6§2 du Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone.

<sup>1472</sup> Voir également *Trial of Lieutenant-General Shigeru Sawada and three others*, United States Military Commissions, Shanghai, février 1946-avril 1946, Case N° 25, United Nations War Crimes Commission, vol. 5, p. 7, disponible at [http://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/pdf/Law-Reports\\_Vol-5.pdf](http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-5.pdf), consulté le 13 juillet 2011: «*The offences of each of the accused resulted largely from obedience to the laws and instructions of their government and their military superiors...The circumstances do not entirely absolved the accused from guilt. However, they do compel unusually strong mitigating consideration, applicable to each accused in varying degrees.*»

Egalement, *Trial of Rear-Admiral Nisuke Masuda and four others of Japanese Royal Navy, The Jaluit Atoll Case*, décembre 1945, Case N°6, United States Military Commissions, Marshall Islands, United Nations War Crimes Commission, vol. 1, pp. 71-72.

Article 6 du Statut du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient; article 7§4 du Statut du TPIY; article 6§4 du Statut TPIR et article 6§4 du Tribunal spécial pour la Sierra Leone ; article 29 de la loi établissant les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens ; article 3§4 du Statut du Tribunal spécial pour le Liban.

La force normative du DIH est telle, que les obligations auxquelles sont soumis les individus transcendent les ordres, ce qui affecte les structures militaires traditionnellement basées sur l'obéissance au chef.<sup>1473</sup> Cette autonomisation de l'individu en droit international entraîne l'obligation de désobéir, si l'acte peut mener à un crime de guerre.<sup>1474</sup>

*«The very essence of the Charter is that individuals have international duties which transcend the national obligations of obedience imposed by individual the State. He who violates the laws of war cannot obtain immunity while acting in pursuance of the authority of the State if the State in authorising action moves outside its competence under international law.»<sup>1475</sup>*

Le soldat est un être rationnel, capable d'évaluer si un ordre est illégal. Le fait que le soldat ait agi sur ordre de son supérieur ne l'exonère donc pas de sa responsabilité et il doit savoir qu'il encourt une peine, s'il obéit à un ordre en contravention du droit. Inversement, le soldat qui ne respecte pas l'ordre illicite de son supérieur ne pourra jamais être poursuivi.<sup>1476</sup> Il existe en droit international pénal des motifs exonérateurs de peine, mais les ordres du supérieur hiérarchique sont désormais exclus pour les crimes commis lors d'un conflit armé. Les codes et manuels militaires de plusieurs Etats furent d'ailleurs reformulés dans ce sens.

*«Les ordres supérieurs et la contrainte sont des concepts distincts et séparés et, souvent, les mêmes circonstances factuelles font intervenir ces deux notions conjointement, particulièrement dans les conflits armés. Nous souscrivons à l'idée que l'obéissance aux ordres supérieurs n'est pas un moyen de défense en soi mais constitue plutôt un élément matériel qui peut être pris en compte, en conjonction avec d'autres circonstances de l'affaire, pour évaluer si les moyens de défense invoquant la contrainte ou l'erreur matérielle sont ou non fondés.»<sup>1477</sup>*

Le système de répression des violations du DIH a tenté de trouver un compromis entre le maintien de la discipline militaire et la nécessité de garantir la mise en œuvre du droit par le déclenchement de la responsabilité pénale des individus. Sans l'élimination des ordres du supérieur, seuls les dirigeants pourraient être tenus responsables et la réalité prouve, qu'il est difficile de poursuivre les chefs politiques et militaires.<sup>1478</sup> Pourtant, l'article 33 du Statut de Rome ébranle cette approche

---

<sup>1473</sup> Idem pour la pratique de la torture: voir la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, article 2§3 : « L'ordre d'un supérieur ou d'une autorité publique ne peut être invoqué pour justifier la torture. »

<sup>1474</sup> RÖLING, Bart, «Aspects of Criminal Responsibility for Violations of the Laws of War», in CASSESE, Antonio, *The New Humanitarian Law of Armed Conflict: Proceedings of the 1976 and 1977 Conferences*, Naples, Editions Scientifica, 1979-1980, pp. 223.224. Notons qu'un projet d'article fut élaboré pour être inséré dans le PAI, mais il fut rejeté.

<sup>1475</sup> «Principles of International Law recognized in the Charter of the Nurnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, with commentaries», *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II, p. 374, Principe II.

<sup>1476</sup> *United States v. Otto Ohlendorf et al., Einsatzgruppen Case*, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law N° 10, 1947-1948: le Tribunal rappela que la discipline militaire ne signifie pas une obéissance aveugle aux ordres.

<sup>1477</sup> *Procureur v. Erdemovic*, Opinion séparée des juges MacDonald et Vorah, Affaire IT-96-2234, TPIY, Chambre d'appel, arrêt du 7 octobre 1997, §34 ; *United States of America v. Von Leeb (the High Command Case)*, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law N° 10, 1950: ici, le Tribunal souligna l'importance de l'existence d'un choix pour le soldat. Si la vie de celui-ci est en danger en cas de désobéissance, la possibilité de choisir est annihilée.

<sup>1478</sup> McDougal précisa que l'acceptation du motif mènerait à: « (...) an indefinite regressive transmission of responsibility until the very apex of the authority and control structure in the belligerent state is reached, while act of

absolutiste de la responsabilité et impose certaines conditions cumulatives pour exclure les ordres du supérieur comme une défense.<sup>1479</sup> Obéir à un ordre peut redevenir un motif exonérateur de la responsabilité, mais ceci uniquement en lien avec les crimes de guerre. Faire une distinction entre les crimes contre l'humanité, le génocide et les crimes de guerre est plus que discutable: ordonner à un soldat de commettre un crime de guerre est tout autant « manifestement illégal » que l'ordre de commettre un autre crime international. Le Statut de Rome énumère les actes constitutifs de crimes de guerre et de ce fait, il est difficile d'envisager « *dans quelles circonstances l'ordre de commettre un des crimes mentionnés ne soit pas perçu comme manifestement illégal* ». <sup>1480</sup> La règle générale demeure que le subordonné n'est pas exonéré de sa responsabilité pénale, lorsqu'il agit en exécution d'un ordre illégal : cette règle, même si elle prend en considération la contrainte, l'erreur et la nécessité, constitue une brèche au principe de hiérarchie militaire et par conséquent, affecte indirectement la souveraineté des Etats en la matière.<sup>1481</sup>

Finalement, la nature particulière des normes de DIH est également renforcée par l'exclusion du principe du *tu quoque*, pendant pénal de l'interdiction des représailles. Déjà, lors des procès qui suivirent la Deuxième guerre mondiale, il fut clairement affirmé que :

« *Under general principles of law, an accused does not exculpate him from a crime by showing that another committed a similar crime, either before or after the alleged commission of the crime by the accused.* » <sup>1482</sup>

---

*state would serve to shield those who stand at the top of the structure.* », MACDOUGAL, Myres S., « Human Rights and World Public Order: Principles of Content and Procedure for Clarifying General Communities Policies », *Virginia Journal of International Law*, vol. 14, n°3, 1973-74, p. 834

<sup>1479</sup> L'article 33 du Statut de Rome précise : « *1. Le fait qu'un crime relevant de la compétence de la Cour a été commis sur ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur, militaire ou civil, n'exonère pas la personne qui l'a commis de sa responsabilité pénale, à moins que :*

- a) *Cette personne n'ait eu l'obligation légale d'obéir aux ordres du gouvernement ou du supérieur en question ;*
- b) *Cette personne n'ait pas su que l'ordre était illégal ; et*
- c) *L'ordre n'ait pas été manifestement illégal.*

2. *Aux fins du présent article, l'ordre de commettre un génocide ou un crime contre l'humanité est manifestement illégal.* »

Cette approche est appelée « *conditional liability approach* », qui entre en opposition avec « *absolute liability approach* » : en vertu de la première tendance, qui prévaut dans les systèmes juridiques internes, l'excuse des ordres du supérieur reste une défense, mais soumise à certaines conditions strictes ; selon l'approche absolue, l'obéissance à un ordre n'est jamais un motif exonérateur, mais peut être une circonstance atténuante. GAETA, Paola, « The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law », *European Journal of International Law*, vol. 10, 1999, pp. 172-78

<sup>1480</sup> CASSESE, Antonio, « Developments in International Criminal Justice: The Statute of The International Criminal Court, Some Preliminary Reflections », in CASSESE, Antonio, *The Human Dimension of International Law, Selected Papers*, Oxford, Oxford, University Press, 2008, p. 511.

<sup>1481</sup> « *At least in this area- but it is at the very heart of the state- the humanitarian and progressive values contained in so many international rules have prevailed over the traditional "impermeability" of military structures to the claims of the outside world.* », CASSESE, Antonio, « *Respondeat Superior v. Subordinates' Liability: Abraham and Antigone: Two Conflicting Imperatives* », in CASSESE, Antonio, *The Human Dimension of International Law, Selected Papers*, Oxford, Oxford, University Press, 2008, p. 492

<sup>1482</sup> *United States of America v. Von Leeb (the High Command Case)*, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law N° 10, 1950, p. 64.

L'excuse du *tu quoque* ne peut être soutenue au vu du caractère non-réciproque des règles du droit humanitaire, les violations commises par l'ennemi ne justifiant aucunement des violations similaires par la partie adverse. Si la règle du *tu quoque* était appliquée, cela signifierait que la violation d'une norme par un belligérant suspendrait celle-ci pendant toute la durée du conflit et ainsi, tout le droit des conflits armés pourrait être aboli.<sup>1483</sup> Cette conclusion fut employée par les juges du TPIY, afin de démontrer l'illicéité des représailles dirigées contre les civils, si ces dernières sont justifiées par le principe *tu quoque*.<sup>1484</sup> Il doit être fait mention qu'il s'agit d'une transposition de l'exclusion de l'argument du *tu quoque* du domaine de la responsabilité internationale des Etats à celui de la responsabilité pénale des individus. Il n'est pas certain que les principes régissant les relations entre Etats puissent être adaptés tels quels à des questions relatives à la culpabilité d'un individu. Et comme le souligne justement le Professeur Condorelli :

« Celui-ci [l'Etat], en effet, ne saurait profiter d'une exonération par le jeu de la légitime défense...L'Etat qui se défend d'une agression en cours a exactement les mêmes obligations que l'Etat agresseur. Par contre, en matière de responsabilité pénale internationale de l'individu, une cause d'exonération pourrait intervenir en cas de démonstration que l'individu concerné ne pouvait agir autrement afin de défendre sa vie ou celle d'autrui contre un recours illicite à la force. »<sup>1485</sup>

Cette approche modérée, et assurément plus réaliste, est reprise dans le Statut de la CPI, à son article 31§1 (c) et (d), qui fait une place au principe du *tu quoque*. La disposition stipule en effet que la légitime défense, la nécessité et la contrainte, peuvent être des motifs d'exonération de la responsabilité pénale.

### *iii. Infractions graves et crimes de guerre, introduction d'une hiérarchie?*

Le fait de qualifier la violation de certaines règles du droit des conflits armés d'infractions graves ou de crimes de guerre donnent à ces règles un statut distinct, que certains qualifient même de noyau intransgressible des principes humanitaires. La criminalisation d'un acte dénote sa gravité et prouve la fundamentalité de la valeur qui est atteinte. Les notions d'infractions graves et de crimes de guerre dans le débat humanitaire, ainsi que le développement de la justice pénale internationale, engendrent une gradation entre les normes de DIH. Le régime renforcé de responsabilité, l'universalisation des sanctions et l'exclusion de certains motifs exonératoires lors de la commission de crimes de guerre sont des signes de l'indérogeabilité de ces normes.

<sup>1483</sup> VON DER HEYDTE, Friederich, « Exposé préliminaire sur le problème que pose l'existence des armes de destruction massive et la distinction entre les objectifs militaires et non militaires en général », *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 52 N°2, 1967, p. 90

<sup>1484</sup> *Le Procureur v. Zoran Kupreskic and others*, Affaire IT-95-16-T, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première Instance, arrêt du 14 janvier 2000, §§ 515 et suivants.

<sup>1485</sup> CONDORELLI, Luigi, « Responsabilité étatique et responsabilité individuelle pour violations graves du droit international humanitaire : Quelques remarques à propos du rejet du principe *tu quoque* dans le jugement Kupreskic du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie », in VORAH, Lal Chand et al., (Eds.), *Man's Inhumanity to Man. Essays in Honour of Antonio Cassese*, The Hague, Kluwer Law International, 2003, p. 218.

L'indérogeabilité comporte ici un aspect systémique, il est dans l'intérêt de tous les membres de la société internationale de punir ces atteintes.<sup>1486</sup> Cette conclusion sape quelque peu le postulat de départ, qui perçoit l'ensemble du domaine comme indérogeable : certaines violations « non-graves » n'entraînent pas l'obligation pour les Etats de punir les responsables, comment alors considérer que ces normes soient indérogeables, si leur transgression reste impunie ?

Relativisons ces propos et apprécions l'indérogeabilité réelle de ces normes, dont la violation est censée générer des conséquences aggravées pour le ou les responsables : la justice pénale et la répression des infractions graves et des crimes de guerre dépendent toujours du consentement des Etats à coopérer. Les Etats ne veulent pas juger leurs soldats ou les soldats de la partie adverse, refusent de les extradier et invoquent généralement un manque de moyens et de ressources, afin d'établir les faits avec précision. Au niveau international, le Statut de la Cour pénale est un traité interétatique classique, la Cour ne pouvant donc fonctionner sans le concours des Etats parties. De plus, les relations entre la CPI et les juridictions nationales sont basées sur le principe de la complémentarité, en vertu de l'article 17. La justice internationale pénale, « géant sans bras, ni jambes, dont la prothèse de marche est la volonté des Etats »,<sup>1487</sup> garde cependant une fonction symbolique importante, par la désignation d'actes intolérables, qui engendrent des conséquences extrêmement graves pour les responsables. Elle permet aussi de rendre visible pour le public les horreurs de la guerre. La répression et la criminalisation de certains comportements sont des moyens de souligner la nécessité de préserver certaines valeurs, y compris en temps de guerre.

#### **e. DIH, *jus cogens*, obligations *erga omnes* et article 103: des indérogeabilités diverses**

L'objectif central de cette thèse est de comprendre la signification fonctionnelle de l'indérogeabilité. La section qui suit tentera de découvrir si une des indérogeabilités étudiées dans ce présent travail est normativement supérieure aux autres ou si, au vu de leur nature différente, il n'est finalement pas pertinent de se poser une telle question. Quelles sont les relations qu'entretiennent les piliers : sont-ils des catégories totalement indépendantes ou au contraire, existe-il des points de contacts entre eux, et dans ce cas, leurs normes peuvent-elles se trouver en conflit dans certaines circonstances concrètes?

---

<sup>1486</sup> DOUCET, Ghislaine, « La qualification des infractions graves au droit international humanitaire », in SANDOZ, Yves, KALSHOVEN, Frits, (Eds.), *Implementation of International Humanitarian Law: research papers by participants in the 1986 Session of the Centre for Studies and Research in International Law and International Relations of the Hague Academy of International Law/Mise en œuvre du droit International Humanitaire : travaux de recherche des participants à la session de 1986 du centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales de l'Académie de droit international de La Haye*, Dordrecht/Boston, Martinus Nijhoff, 1989, p. 96

<sup>1487</sup> CASSESE, Antonio, *The Human Dimension of International Law, Selected Papers*, Oxford, Oxford, University Press, 2008, p. 426

*i. DIH, jus cogens et obligations erga omnes*

Les conventions internationales humanitaires possèdent un caractère objectif et interdisent les exceptions et les limitations, qui ne sont pas expressément prévues. Pour certains, le DIH dans son entièreté constituerait du *jus cogens* et engendrerait des obligations *erga omnes* ou *erga omnes partes*, si l'on considère que seuls les Etats parties aux conventions pertinentes ont un intérêt juridique à voir respecter les normes incluses dans ces dernières.

*«Il ne fait pas de doute pour moi que la plupart des principes et règles du droit humanitaire et, en tout cas, les deux principes interdisant l'un l'emploi des armes à effets indiscriminés et l'autre celui des armes causant des maux superflus font partie du jus cogens.»<sup>1488</sup>*

Les arguments avancés pour faire du droit des conflits armés un ensemble juridique impératif sont la participation quasi-universelle aux traités en la matière, et plus spécifiquement aux CG; l'interdiction des accords dérogatoires diminuant ou ôtant des droits ou des garanties de protection aux individus;<sup>1489</sup> la prohibition pour les personnes protégées de renoncer à leurs droits; la criminalisation de certaines violations; l'interdiction des représailles; l'impossibilité pour les Etats de s'exonérer de leur responsabilité en cas d'infractions graves; et l'essence même du DIH, en tant que vecteur d'humanité et garant du maintien de la dignité humaine en toutes circonstances.<sup>1490</sup> Il est également fait référence aux valeurs morales et sociales véhiculées par le DIH.<sup>1491</sup> Il est néanmoins peu probable que l'ensemble des règles de DIH ait atteint le statut de *jus cogens*. Quelques règles en lien avec les principes fondamentaux du DIH, notamment les normes visant une protection minimale de l'être humain- les paragraphes 1 et 2 de l'article 3 commun, l'article

---

<sup>1488</sup> Déclaration du juge Bedjaoui, dans *La licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J. 1996, 8 juillet 1996, p. 273, § 21 ; Opinion dissidente du juge Weeramantry dans la même affaire, p. 274 : « Les règles du droit international humanitaire ont manifestement acquis le statut de règles du jus cogens car ce sont des règles fondamentales de caractère humanitaire auxquelles il ne peut être dérogé sans renier les considérations élémentaires d'humanité dont elles visent à assurer le respect. » Egalement, ALEXIDZE, Levan, « Legal nature of Jus Cogens in contemporary international law », *RCADI*, vol. 172, 1981, pp. 262-263; DE LA PRADELLE, Paul, « Jus Cogens et Conventions Humanitaires », *ADIM*, N° 18, décembre 1968, p. 9 ; DAVID, Eric, *Principes de Droit des Conflits Armés*, 3<sup>ème</sup> Edition, Bruxelles, Précis de la Faculté de Droit, Université Libre de Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 1000. Voir HANNIKAINEN, Lauri, *Peremptory Norms (jus cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus, Finnish Lawyers' Publishing Co., 1988, p. 605: selon lui, les normes de DIH remplissent les exigences du *jus cogens*.

<sup>1489</sup> « Nous ne voyons pas pourquoi les traités qui sont acceptés de manière significative ne relèvent pas du jus cogens s'ils interdisent la conclusion d'accords particuliers incompatibles avec leurs dispositions. », PERRIN, Georges, « La nécessité et les dangers du jus cogens », ..., p. 757

<sup>1490</sup> ABI-SAAB, Georges, « The Specificities of Humanitarian Law », ..., pp. 271-280 et BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, CONDORELLI, Luigi, « Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de respecter et faire respecter le droit international humanitaire en toutes circonstances », in SWINARSKI, Christophe, (Ed.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge/Studies and essays on international humanitarian law and Red Cross principles, en l'honneur de/in honour of Jean Pictet*, Genève/La Haye, CICR/Martinius Nijhoff, 1984, p. 33-34 ; PLATTNER, Denise, « Le droit humanitaire et le noyau intangible du droit international des droits de l'homme », in MEYER-BISCH, Patrice, (Ed.), *Le noyau intangible des droits de l'homme : actes du VII<sup>ème</sup> Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme*, Fribourg, Editions Universitaires, 1991, pp. 199-201 ; ORAKHELASHVILI, Alexander, *Peremptory norms in international law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 63.

<sup>1491</sup> Fitzmaurice, Sir Gerald G, « The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law », *RCADI*, tome 92, 1957/II, p. 125

149 de la CG III, l'article 75 du PA I, les dispositions 4 à 6 du PA II et les dispositions concernant les infractions graves- et les normes qui prohibent les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide sont indubitablement impératives, au sens de l'article 53 de la *CVDT*.<sup>1492</sup> La jurisprudence n'a d'ailleurs jamais consacré l'impérativité du droit humanitaire dans sa globalité, certaines décisions ayant néanmoins reconnu le statut de *jus cogens* à certaines règles.<sup>1493</sup> La CIJ a, pour sa part, qu'une seule fois admis, certes indirectement, le caractère impératif d'une norme de DIH, l'article 49 de la CG IV, en déclarant nuls et nonavenus, les changements introduits par Israël en territoires occupés palestiniens. Ceci fut déjà soutenu par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1972.<sup>1494</sup>

L'*Avis consultatif de la CIJ sur le Mur* a mené à la reconnaissance du statut *erga omnes* de certaines obligations de DIH, tout comme d'ailleurs l'*Avis sur les armes nucléaires*, mais jamais la Cour n'aborde la question du *jus cogens* de manière frontale. Les conséquences qu'elle fait découler de l'édification illicite du mur, à savoir l'obligation de non-reconnaissance de la situation créée et l'interdiction de fournir une aide au maintien de la situation sont pourtant celles qui résultent pour les tiers des violations graves découlant des normes impératives du droit international général.<sup>1495</sup> L'*Avis* reste silencieux sur l'obligation de prendre des mesures positives, afin de faire respecter le DIH, face aux violations commises par Israël. A nouveau, les transgressions permettent une esquisse de réponse collective, car tous les Etats auraient un intérêt à voir le droit humanitaire respecté par Israël, mais les actions concrètes pouvant être mises en œuvre par les tiers ne sont pas définies. La CIJ mentionne l'article 1 commun aux CG, mais ne va pas au-delà des termes de celui-ci :

---

<sup>1492</sup> *Le Procureur v. Zoran Kupreskic and others*, Affaire IT-95-16-T, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, jugement du 14 janvier 2000, § 520 : « En outre, la plupart des normes du droit international humanitaire, notamment celles qui prohibent les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide, sont des normes impératives du droit international ou *jus cogens*, c'est-à-dire qu'elles sont impérieuses et qu'on ne saurait y déroger. »

<sup>1493</sup> *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany, Distomo Massacre Case*, Case N° 137/1997, Court of First Instance of Levadia, 30 octobre 1997, reproduite dans *Revue hellénique de droit international*, vol. 50, 1997, p. 599. La Cour reconnaît que l'obligation de la puissance occupante de respecter la vie, la propriété et l'honneur des populations occupées, telle qu'imposée par l'article 46 des Régulations de La Haye de 1907, fait partie du *jus cogens*.

<sup>1494</sup> *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J. 2004, 9 juillet 2004, § 120 ; Résolution 2949 du 8 décembre 1972, al. 7 ; Résolution du Conseil de sécurité 446 du 22 mars 1979, alinéa 1. L'article 49 de la CG IV énonce :

« Les transferts forcés, en masse ou individuels, ainsi que les déportations de personnes protégées hors du territoire occupé dans le territoire de la Puissance occupante ou dans celui de tout autre Etat, occupé ou non, sont interdits, quel qu'en soit le motif.... »

<sup>1495</sup> *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J. 2004, 9 juillet 2004, §§ 155-159. Et l'article 41 des *Articles sur la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite*.

« Il résulte de cette disposition l'obligation de chaque Etat partie à cette convention, qu'il soit partie ou non à un conflit déterminé, de faire respecter les prescriptions des instruments concernés. »<sup>1496</sup>

Pour ces raisons, le juge Rosalyn Higgins, dans son opinion individuelle, refuse que les conséquences identifiées soient à mettre en lien avec le caractère *erga omnes* des obligations : elles résultent du fait qu'un organe des Nations Unies a constaté l'illicéité d'une situation et que, cette constatation ne peut rester sans effet.<sup>1497</sup> L'article 1 commun aux CG génère un droit pour les Etats parties de faire respecter le DIH et d'exiger son observation. L'article 1 octroie uniquement la faculté d'agir, mais ne l'impose pas et permet de ce fait aux Etats parties d'invoquer la responsabilité internationale de l'Etat coupable, en raison de la nature universelle des valeurs protégées par le droit des conflits armés.<sup>1498</sup> Le lien entre le droit des conflits armés et le concept d'obligations *erga omnes* est à rechercher dans la nature non-réciproque des obligations, qui impliquent un droit correspondant pour tout Etat juridiquement lié de réagir à toute violation du droit humanitaire.<sup>1499</sup>

Une approche plus pragmatique doit être adoptée, à savoir une approche qui tend à évaluer si les effets attribués au *jus cogens* et aux obligations *erga omnes* se vérifient pour l'ensemble des règles du DIH, ce qui suppose un examen au cas par cas, entreprise, qui dépasse le cadre de ce travail. Il est nécessaire de relativiser le caractère impératif des normes humanitaires, notamment en raison de la marge d'appréciation interprétative laissée par ces dernières. Le DIH est un ensemble juridique normatif objectif, qui n'est pas basé sur la réciprocité, mais cela ne signifie pas qu'il constitue du *jus cogens* dans sa totalité. Les règles reconnues ordinairement comme du droit impératif général, interdiction de la torture, du génocide, de l'esclavage gardent leur caractère en temps de conflits armés, mais d'autres règles spécifiques au DIH, comme, par exemple, celle imposant aux Etats de diffuser les CG, ne peuvent être perçues comme du *jus cogens*. La stratégie est aisément appréhendable : mettre l'accent sur la nature impérative ou *erga omnes* du DIH permet de consolider sa fonction axiologique, par un renforcement de la force normative et

---

<sup>1496</sup> § 158 de l'Avis.

<sup>1497</sup> Opinion individuelle du juge Higgins, § 38 : « L'obligation faite aux Membres des Nations Unies de ne pas reconnaître la présence illégale de l'Afrique du Sud en Namibie et de ne pas lui apporter appui ou assistance n'était en aucun cas fondée sur le principe *erga omnes*. Plutôt, la Cour a souligné que « quand un organe compétent des Nations Unies constate d'une manière obligatoire qu'une situation est illégale, cette constatation ne peut rester sans conséquence (*ibid.*, par. 117). La Cour avait déjà jugé dans une affaire contentieuse que sa décision établissant un acte illégal entraîne une conséquence juridique, celle de mettre fin à une situation irrégulière (*Haya de la Torre*, arrêt, C.I.J. Recueil 1951, p. 82). »

<sup>1498</sup> Voir dans ce sens la Résolution 2674 de l'Assemblée générale, 9 décembre 1970, § 3 : « Estime que les principes du Protocole de Genève de 1925 et des Conventions de Genève de 1949 doivent être strictement respectés par tous les Etats et les Etats qui violent ces instruments internationaux doivent être condamnés et tenus pour responsables devant la communauté internationale. »

<sup>1499</sup> PROVOST, René, *International Human Rights and Humanitarian Law*,..., p. 125.

symbolique de ses normes. Universaliser et internationaliser la sanction des violations sérieuses du DIH, infractions graves et crimes de guerre, confortent le sentiment que ces atteintes portent préjudice à l'ensemble des membres de la société internationale. Cependant, le besoin de normes absolues, utiles à la protection de certaines valeurs et au maintien d'un minimum de civilisation et d'humanité durant les hostilités, ne doit pas automatiquement générer la création de règles supérieures sur le plan de leur normativité. Le droit humanitaire est avant tout un droit de terrain : il faudrait de préférence s'assurer du respect effectif des règles, au lieu de procéder à de grandes proclamations dépourvues d'effets pratiques.

## ii. DIH et article 103 de la Charte des Nations Unies

Le droit de la *Charte des Nations Unies*, qui sera traité dans le chapitre suivant, bénéficie d'une primauté d'application en cas de conflits normatifs avec d'autres obligations de droit international. Sans vouloir anticiper la réflexion sur l'article 103, seul un point mérite d'être abordé ici: le Conseil de sécurité (ci-après CdS) peut-il déroger à des règles de DIH, en se basant sur l'article susmentionné? Il s'agit de savoir si, en vertu des pouvoirs qui lui sont octroyés, notamment les pouvoirs issus du Chapitre VII de la *Charte des Nations Unies*, le Conseil peut exiger des Etats de mettre en œuvre les résolutions adoptées en violation des règles de droit international humanitaire. Si tel est le cas, l'indérogeabilité du corpus serait fortement ébranlée. Il s'agit là d'une situation, où il y a un conflit juridique entre deux ensembles générant des normes d'intérêts collectifs supposées être indérogeables.<sup>1500</sup> Les actions entreprises par le Conseil de sécurité ont pour but de garantir la paix, mais peuvent mener à infliger d'immenses souffrances aux civils, les sanctions imposées représentant parfois un outil aveugle, incapable de discriminer entre les coupables et les innocents.<sup>1501</sup> Le droit de la Charte doit primer sur toute obligation conventionnelle en vertu de l'article 103, mais parallèlement, le DIH ne prévoit aucune dérogation : s'agit-il là d'une incompatibilité insoluble?<sup>1502</sup>

Deux approches peuvent être adoptées: soit, le CdS se doit de respecter la totalité des prescriptions du DIH, lors de l'adoption de résolutions contraignantes; soit, il est soumis à l'obligation de respecter au minimum le noyau dur des principes humanitaires et les protections élémentaires.

---

<sup>1500</sup> KOLB, Robert, « Jus Cogens, intangibilité, intransgressibilité, dérogation positive et négative », ..., p. 313

<sup>1501</sup> D'où le développement des sanctions ciblées, ou *smart sanctions* et les réflexions sur des sanctions limitées au niveau de leur portée et de leur durée. Voir, GASSER, Hans-Peter, « Collective Economic Sanctions and International Humanitarian Law: An Enforcement Measure under the United Nations Charter and the Right of Civilians to Immunity: an Unavoidable Clash of Policy Goals? », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 56, 1996, pp. 871-904

<sup>1502</sup> Le **chapitre IV**, consacré à l'étude de l'article 103, reviendra sur la question des conflits de normes pouvant survenir entre une règle de droit international et une disposition issue de la Charte des Nations.

Imposer l'observation de l'ensemble des normes de DIH au CdS peut trouver une base juridique d'une part, sur l'article 1 commun aux CG, qui reflète le droit coutumier et qui devrait donc lier tout sujet de droit international, y compris les organisations internationales, et d'autre part, sur le caractère coutumier reconnu à certaines règles.<sup>1503</sup> Les deux tendances se fondent également sur les articles 1 et 2 de la Charte, ainsi que sur l'article 55, qui prônent un respect des droits de l'homme et libertés fondamentales.<sup>1504</sup> Le CdS est lié par son instrument constitutif et il se doit d'agir dans le cadre juridique auquel il est soumis. Rappelons que de nombreux organes internationaux ont rappelé le devoir de respect des normes humanitaires par les Etats lors de la mise en œuvre de résolutions contraignantes décidées par le Conseil et que, celui-ci a, de plus, intégré des exceptions humanitaires, excluant du régime de sanctions les « fournitures à usage strictement médical, et dans les cas où des considérations d'ordre humanitaire l'exigent, les denrées alimentaires ». La majorité des résolutions visent à permettre et faciliter le déploiement d'opérations de secours.<sup>1505</sup> Les Etats devraient également, en l'absence d'une telle exception expressément mentionnée, implémenter les résolutions du Conseil conformément aux principes fondamentaux et aux considérations élémentaires du DIH.

Le Conseil de sécurité peut, dans les limites des compétences et des pouvoirs qui lui ont été attribués, exiger des Etats de limiter certaines de leurs obligations de droit international, mais reste soumis au devoir de respecter les garanties minimales de protection, spécialement celles liées au principe d'humanité. Il est nécessaire de vérifier, si les mesures et les restrictions imposées par l'organe vont dans le sens des objectifs de sa mission. La deuxième approche remporte doit être préférée, les mesures prises devant toutefois se conformer aux principes de nécessité et de proportionnalité, censés infuser toutes les actions des organes onusiens. Prenons l'exemple des administrations internationales ou des occupations de longue durée: les règles de DIH relatives à l'occupation ne sont pas réellement adaptées aux missions onusiennes d'administration de territoires qui se prolongent dans le temps, leur mandat dépassant en général celle d'une puissance occupante au sens traditionnel du terme. Dans ce cas, il est envisageable que le Conseil puisse imposer aux forces occupantes de déroger à certaines règles, par exemple leur demander de modifier certaines lois, dans le but de renforcer la protection et le bien-être des populations civiles,

---

<sup>1503</sup> Approche soutenue par Luigi Condorelli, CONDORELLI, Luigi, « Le statut des forces des Nations Unies et le droit international humanitaire », in EMANUELLI, Claude, (sous la dir.), *Les casques bleus : policiers ou combattants ?*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1997, pp. 105-106

<sup>1504</sup> Approche soutenue par SCHINDLER, David, « Probleme des humanitären Völkerrechts und der Neutralität im Golfkonflikt 1990/1991 », *Revue suisse de droit international et de droit européen*, vol. 1, 1991, p. 12

<sup>1505</sup> Par exemple, Résolutions 661 du 6 août 1990 et 757 du 30 mai 1992, concernant la situation en ex-Yougoslavie. Cette dernière résolution exclut totalement de l'embargo les denrées alimentaires et le matériel médical.

tout en garantissant les droits et les bénéfices dus aux personnes protégées.<sup>1506</sup> Les mesures décidées par le CdS doivent toujours avoir pour ambition de forcer l'Etat visé à respecter le droit international, en évitant au maximum d'infliger des souffrances disproportionnées et inutiles aux civils.<sup>1507</sup>

Le droit de l'occupation mentionne quelques obligations et interdictions absolues, qui ne sont pas sujettes à des limitations, au nom de la nécessité militaire : l'obligation de traiter humainement les populations sous occupation (article 27 de la CG IV), l'interdiction de la torture (articles 32 et 147 CG IV), l'interdiction d'adopter des lois pénales rétroactives (article 65 de la CG IV), la prohibition de détenir des personnes protégées hors du territoire occupé (article 76 de la CG IV), l'interdiction pour l'occupant de transférer sa population dans le territoire occupé (article 49 de la CG IV), le bannissement des punitions collectives (article 33 CG IV). Lorsqu'il agit dans le but de maintenir ou restaurer la paix, le Conseil de sécurité, quelque soit la nature des sanctions adoptées, a le devoir juridique et moral d'évaluer, si ces sanctions sont conformes aux règles essentielles humanitaires.<sup>1508</sup>

Les relations entre l'article 103 et le DIH soulèvent la question de l'applicabilité du droit des conflits armés aux organisations internationales, notamment aux Nations Unies, qui ne sont pas formellement parties aux instruments conventionnels internationaux, et de leur responsabilité en cas de violations. Pendant longtemps, les forces de maintien de la paix ne furent pas perçues comme des belligérants et les opérations de maintien de la paix ne constituaient pas à proprement

---

<sup>1506</sup> KOLB, Robert, « Jus Cogens, intangibilité, intransgressibilité, dérogation positive et négative »,..., pp. 315-316. Egalement affirmé par GREENWOOD, Christopher, « International Humanitarian Law and United Nations Military Operations », *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 1, 1998, p. 28. Et: SASSOLI, Marco, « Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers », *European Journal of International Law*, vol. 16, N°4, 2005, p. 680. L'article 43 du *Règlement de La Haye* et l'article 64 de la CG IV exigent de la puissance occupante de ne pas modifier les lois en vigueur, sauf dans certaines situations liées à des questions de sécurité et de nécessité. Il est envisageable que le CdS puisse exiger de l'occupant qu'il change la législation, au-delà de ce qui est permis dans les textes, notamment dans les cas d'occupation prolongée.

<sup>1507</sup> Les Résolutions 1483 du 23 mai 2003 et 1546 du 8 juin 2004, relatives à l'occupation de l'Irak, semblèrent octroyer de larges pouvoirs aux occupants américains et britanniques, leur permettant de transformer les institutions irakiennes et de prendre certaines initiatives, comme vendre du pétrole. Cette question fut âprement débattue étant donné le manque de clarté des résolutions relativement aux pouvoirs des occupants. Cette ambiguïté a laissé une large marge interprétative aux occupants et a mené à de multiples abus. Voir CRYER, Robert, « The Security Council and International Humanitarian Law », in BREAU, Susan C., et al., (Eds.), *Testing the boundaries of international humanitarian law*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2006, pp. 245-275

<sup>1508</sup> Selon August Reinisch, les règles à respecter lors de l'imposition de sanctions économiques sont : l'interdiction de la famine comme méthode de guerre (article 54 du PAI), le droit des populations à avoir accès aux biens indispensables à leur survie, l'obligation des belligérants de permettre le libre passage de ces biens et autres vivres indispensables (articles 23§1 CG IV et 55§1 en cas d'occupation, articles 69 et 70 du PA I, article 14 et 18§2 du PA II), l'interdiction des représailles et des peines collectives. REINISCH, August, « Developing Human Rights and Humanitarian Law Accountability of the Security Council for the Imposition of Economic Sanctions », *American Journal of International Law*, vol. 95, 2001, pp. 860-861. On peut ajouter le principe de traitement humain et les garanties fondamentales mentionnées à l'article 75 du PAI.

parler des conflits. Il est vrai, de plus, que la plupart des opérations onusiennes ou de l'OTAN, sont menées par des contingents nationaux, soumis aux règles de DIH auxquelles leur Etat a souscrit. Se basant sur ses arguments, l'ONU a donc refusé d'appliquer le DIH à ses forces, se limitant à observer l'esprit et les principes des CG. Toutefois, les mandats des opérations de maintien de la paix ont évolué et se sont parfois transformées en réelles missions d'imposition de la paix. De ce fait, les agents onusiens doivent employer de plus en plus fréquemment la force armée et leur statut est devenu quasiment similaire à celui d'un belligérant classique. Conscient de ces développements, le Secrétaire général de l'ONU a publié une circulaire relative au *Respect du DIH par les forces des NU*, énonçant que les principes-piliers et les règles fondamentales sont applicables à celles-ci dans les « opérations de contrainte et les opérations de maintien de la paix ». <sup>1509</sup>

Ne désirant pas entrer dans les détails de ce débat, qui surpasse largement nos ambitions, rappelons que les organisations internationales, qui participent aux hostilités ou agissent comme une puissance occupante sur un territoire, se doivent, en tant que sujets de droit international, de respecter le droit international coutumier, qui inclut les principes et standards sous-tendant le droit international humanitaire. <sup>1510</sup> Les organisations internationales et régionales ne peuvent cependant remplir des obligations exigeant la présence d'une structure étatique- un territoire, un système pénal ou une population- comme par exemple le devoir de poursuivre et punir les coupables d'infractions graves. Finalement, étant donné que la notion de participation directe aux hostilités est mal définie en droit international, il n'est pas toujours évident d'accorder le statut de belligérant à des forces agissant collectivement. Ces conclusions rendent d'autant plus difficile de

---

<sup>1509</sup> Circulaire du Secrétaire général, ST/SGB/1999/13, 6 août 1999. Déjà en 1994, la *Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé* énonce à son article 2§2 : « La présente Convention ne s'applique pas à une opération des Nations Unies autorisée par le Conseil de sécurité en tant qu'action coercitive en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies dans le cadre de laquelle du personnel est engagé comme combattant contre des forces armées organisées et à laquelle s'applique le droit des conflits armés internationaux. »

<sup>1510</sup> Sur ce point voir : SHRAGA, Daphna, « The United Nations as an Actor Bound by International Humanitarian Law », in CONDORELLI, Luigi, LA ROSA, Anne-Marie, SCHERRER, Sylvie, (Dir.), *Les nations Unies et le droit international humanitaire/ The United Nations and International Humanitarian Law*, Actes du Colloque international à l'occasion du cinquantième anniversaire de l'ONU, octobre 1995, Paris, Pedone, 1996 pp. 316 et suiv. ; HAMPSON, Françoise, « States military operations authorized by the United Nations and International Humanitarian Law », in CONDORELLI, Luigi, LA ROSA, Anne-Marie, SCHERRER, Sylvie, (Dir.), *Les nations Unies et le droit international humanitaire/ The United Nations and International Humanitarian Law*, Actes du Colloque international à l'occasion du cinquantième anniversaire de l'ONU, octobre 1995, Paris, Pedone, 1996, pp. 371 et suivantes; GREENWOOD, Christopher, « International Humanitarian Law and United Nations Military Operations », ..., pp. 3-34; KOLB, Robert, *Droit humanitaire et opérations de paix internationales : les modalités d'application du droit international humanitaire dans les opérations de maintien de la paix ou de rétablissement de la paix auxquelles concourt une organisation internationale, en particulier les Nations Unies*, 2<sup>ème</sup> Edition, Helbing & Lichtenhahn, 2006. Les Etats sont de plus liés individuellement par les instruments conventionnels, qui leur imposent de respecter le DIH en toutes circonstances. Voir les réactions des Etats lors de la Guerre du Golfe : ils se considéraient liés par les règles de DIH, conventionnelles et coutumières. WELLER, Marc, (Ed.), *Iraq and Kuwait : Hostilities and their Aftermath*, Cambridge, Grotius Publications, 1993, p. 332

donner une réponse juridique claire à la problématique de l'applicabilité *ratione personae* du droit international humanitaire.

Cette section, tout en renforçant l'hypothèse, selon laquelle le droit des conflits armés constitue un ensemble de règles juridiques dotées de caractéristiques propres, a également mené à interroger le postulat assumant l'indérogeabilité globale du DIH. Certaines règles et certains principes ont une puissance normative plus élevée et il ne fait aucun doute, que les normes de DIH ne possèdent pas toutes une force contraignante identique. Une distinction est opérée en fonction du contenu matériel des normes, leur généralité et le régime attaché aux sanctions qui découle de leurs violations. En outre, certaines règles sont formulées de manière absolue, alors que d'autres sont accompagnées de la possibilité de les limiter au nom d'exigences militaires. L'indérogeabilité du DIH est spéciale et ne peut être comparée à celle du *jus cogens*, des droits de l'homme indérogeable ou du droit de la Charte. Au vu de nos observations, il est désormais possible de définir avec plus de précisions les fonctions remplies par cette indérogeabilité.

## **5. Fonctions de l'indérogeabilité en droit international humanitaire**

A la lumière des conclusions atteintes concernant la nature indérogeable du droit international humanitaire, ainsi que la dimension particulière de ce corpus juridique, il peut être inféré que ce domaine du droit international remplit des fonctions variées, tant juridiques, qu'extra-juridiques. L'indérogeabilité présumée du DIH, qu'elle soit qu'une simple fiction, ou un aspect à mettre en lien uniquement avec certaines règles, assume néanmoins un rôle au sein de l'ordre juridique international et permet de réitérer que le droit ne disparaît pas, ceci même lors de situations anarchiques, telles que les conflits armés.

### **a. Fonction symbolique et fonction morale**

Le droit des conflits armés est fortement imprégné de considérations éthiques, morales, voire religieuses, qui ont joué un rôle fondamental dans le développement des règles et l'humanisation de l'ensemble du corpus. L'indérogeabilité invoquée en lien avec le droit humanitaire a une fonction éminemment symbolique et aspirationnelle. Le DIH, comme toute branche du droit, articule certaines valeurs, de par l'essence de ses normes et les objectifs qu'il vise. Il est l'expression d'une éthique ancienne, liée aussi bien au caractère sacré de la vie et de la dignité humaine, qu'à l'inéluctabilité de la guerre en tant que fait social, qui doit être légalement encadré. Ce droit est particulier, car il encourage la réalisation d'intérêts collectifs et retranscrit des

« finalités sociales primordiales dans le système juridique de la communauté internationale ». <sup>1511</sup>

Les piliers qui sont à la base de ce travail ont comme point commun de refléter des considérations juridiquement et/ou moralement supérieures, qui doivent jouir d'une protection spéciale.

Le droit international humanitaire a pour fonction de minimiser les souffrances et les dommages causés par les conflits, tout en permettant aux Etats et à leurs armées de conduire les hostilités d'une façon qui ne leur est pas défavorable, ni handicapante. Les règles représentent un subtil équilibre entre la défense des intérêts des belligérants et la protection de la dignité et de l'intégrité des individus impliqués. Il semble normal, au vu de l'évolution du droit international, qui est de plus en plus centré sur la promotion des valeurs humaines, que des forces tendent à insister sur la nature indérogeable du droit humanitaire, en tant que garant ultime de ces valeurs nouvelles. Le droit humanitaire est un régime particulier, qui inclut en son sein des principes et des règles, qui lui confèrent un caractère distinct des autres domaines du droit international. Cependant, cette spécificité ne signifie pas que l'ensemble des normes soient recouvertes d'une indérogeabilité absolue : les instruments permettent aux Etats de pouvoir adapter leurs obligations à leurs besoins militaires et sécuritaires. Il s'agit bien d'une indérogeabilité symbolique, car elle vise à mettre en exergue que les valeurs relatives au maintien de l'état de droit et au respect de la personne humaine ne doivent pas s'effacer devant la violence et les horreurs de la guerre. Les parties en lutte ont le droit de faire la guerre, mais elles sont juridiquement soumises à certaines obligations : les conflits armés ne sont pas des situations de *vide juridique*. La rhétorique employée, l'accent mis sur l'applicabilité générale du DIH et la présence de certaines dispositions plus précises intégrées dans les conventions, soutiennent le rôle axiologique de ce domaine juridique.

La croyance que le droit impose des limites indérogeables à la conduite des hostilités, même si ces dernières ne sont pas respectées en pratique, implique des conséquences sur la manière de percevoir la guerre et la manière de la faire. Les actes permis bénéficient d'une auréole de légitimité et ceux qui sont interdits inspirent l'opprobre général. <sup>1512</sup> L'indérogeabilité qui recouvre les règles de DIH n'est pas identique à celle du *jus cogens*, car la plupart de ces dernières ne sont pas formulées de manière absolue et intègre les aléas des nécessités militaires. Le DIH laisse par conséquent aux sujets de droit international une marge interprétative assez large. Le droit des conflits armés véhicule pourtant une indérogeabilité spéciale, qui tend à extraire les normes humanitaires du paradigme classique consensuel sous-tendant le droit international : la volonté des

---

<sup>1511</sup> ABI-SAAB, Georges, « The Specificities of Humanitarian Law »,..., p. 271

<sup>1512</sup> JOCHNICK, Chris af, NORMAND, Roger, «The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War», *Harvard International Law Journal*, vol. 35, 1994, p. 56

Etats ne peut modifier la teneur de celles-ci, limiter leur portée ou encore y déroger de manière arbitraire et unilatérale.

### **b. Renforcement d'un ensemble juridique à caractère exceptionnel**

Le droit humanitaire régule des situations, qui menacent les structures étatiques et mettent en péril l'état de droit. Lors de la survenance d'un conflit armé, l'ensemble d'une nation se voit potentiellement confronté à la destruction et à la mort. Comment imaginer alors pouvoir déroger au droit du « non-droit » ? Le droit humanitaire ne connaît pas la notion de droits indérogeables, ou plutôt devrions-nous dire, il ne connaît que ceux-ci. Le droit international des droits de l'homme permet aux Etats de pouvoir déroger à leurs devoirs en cas de menace à leur survie, mais il leur est cependant impossible de déroger au mécanisme de dérogations. Dans les deux cas, un ensemble de règles sont édictées pour faire face à des situations d'exception, et ceci sous-tend l'indérogeabilité de ces dernières. L'indérogeabilité du DIH peut être rapprochée de celle des clauses dérogatoires, en tant que seuil minimal à respecter en tout temps et en toutes circonstances.

Ces périodes exceptionnelles justifient les limitations imposées aux prérogatives souveraines des Etats. La guerre a longtemps été perçue comme relevant de la compétence unique de ceux-ci, mais elle est rapidement devenue au cours de l'Histoire, un sujet de préoccupation pour l'ensemble de la société internationale, indépendamment de la définition que l'on donne de cette société. La guerre constitue un fait social, qu'il est nécessaire de réglementer au bénéfice de tous les acteurs. Le DIH se doit d'être un droit qui échappe, au moins partiellement, à la volonté des Etats. Ceci peut être expliqué d'une part, par la nature *erga omnes* des intérêts collectifs et réciproques promus, et d'autre part, par le fait que les normes visent la protection des individus et leurs octroient des droits et obligations. Le droit humanitaire ne forme pas un domaine traditionnel du droit international, car il régit des relations à deux, voire même à trois niveaux : d'Etat à Etat, d'Etat à individu et d'individu à individu. Bien que les Etats soient les seuls sujets conventionnellement liés par les règles de DIH, les autres sujets du droit international sont également affectés par ses prescriptions. La base étatique et consensuelle du droit international est ébranlée, mais uniquement de manière relative, car les Etats restent les acteurs principaux, relativement à la création et à l'application des normes. Le droit international humanitaire est le résultat d'une autolimitation collective, qui a été consentie par les Etats relativement à l'étendue de leurs pouvoirs. Ils ont accepté de se soumettre à des principes et standards, qu'ils ont eux-mêmes élaborés et, ont délibérément admis que les individus devaient bénéficier de certaines protections et garanties. Le DIH est issu d'un compromis entre la nécessité et l'humanité, compromis qui reste façonné par les

Etats et leur pratique. L'indérogeabilité sous-tendant le corpus n'est que le reflet des concessions admises par les Etats. Toutefois, la nature indérogeable du DIH évolue et les thèses, qui visent à élargir sa portée et ses effets, souhaitent que le champ d'application du corpus dépasse ce qui fut originellement prévu dans les textes, et ainsi définitivement outrepasser le critère formel du consentement des Etats, comme source de toute règle de droit international. Le chapitre final reviendra sur ces tendances.

### **c. Fonctions préventive, dissuasive et répressive**

La mise en œuvre du droit international humanitaire est un point crucial, car il est fondamental d'assurer le respect de règles qui forment un minimum juridique devant être appliqué à des situations exceptionnelles. L'échec des mécanismes prévus par les Conventions de Genève, procédure d'enquête, commission d'établissement des faits et puissances protectrices a entraîné le développement d'un système de répression des violations.<sup>1513</sup> La transgression des normes de DIH déclenche, comme expliqué *supra*, une double responsabilité, celle des Etats et celle des individus. Dans les deux cas, les actes commis en contravention des obligations humanitaires engendrent des conséquences juridiques aggravées. L'Etat ne peut se protéger derrière les traditionnelles circonstances excluant sa responsabilité et se voit imposé un devoir de réparer. Le lien d'imputabilité est élargi, afin d'attribuer à l'Etat les actes de tous les individus ou entités se trouvant directement ou indirectement sous son contrôle. Parallèlement, les CG et le PA I introduisent les concepts d'infractions graves et de crimes de guerre : la gravité de ces violations est telle, qu'elle mérite une sanction individuelle et un régime spécifique.

Le développement du droit international pénal, depuis les procès de Nuremberg jusqu'à la création de la CPI, représente une avancée dans la lutte contre l'impunité. Il est aussi un outil puissant de dissuasion : les individus, indépendamment de leur nationalité, de leur statut, du fait qu'ils aient agi sur ordre de leur supérieur, qu'ils aient activement violé les règles ou simplement omis de prendre les mesures nécessaires, peuvent être poursuivis et condamnés. Les infractions graves et les crimes de guerres sont des catégories juridiques importantes, qui permettent de consolider la nature indérogeable du DIH : certaines normes sont porteuses de valeurs si nécessaires, que leur violation ne peut restée impunie. Le TPIY a justifié ainsi les raisons de sa création et les fondements de sa compétence:

---

<sup>1513</sup> « *The power to belligerents to resort to belligerent reprisals can only be effectively abolished to the extent that other adequate means take over their function of law enforcement.* », KALSHOVEN, Frits, (Ed.), *Belligerent Reprisals*, 2<sup>nd</sup> Edition, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 375

« A la lumière de l'examen des précédents internationaux et nationaux relatifs au crime contre l'humanité (ou crimes de la même nature), la Chambre retient l'importance des concepts de dissuasion et de rétribution. De plus, elle relève que dans le contexte des violations graves des droits de l'homme commises en temps de paix mais proches par leur gravité des crimes relevant de la compétence du Tribunal, la réprobation (ou la stigmatisation) est une des finalités appropriées de la peine. L'une des fonctions de la peine pour crime contre l'humanité réside précisément dans la stigmatisation d'un comportement criminel qui a porté atteinte à l'une des valeurs fondamentales, non point seulement d'une société donnée, mais de l'humanité tout entière... »<sup>1514</sup>

Le système répressif créé par les CG introduit certes une gradation normative entre les règles, car toute violation n'engendre pas automatiquement des conséquences pénales. Cependant, les infractions dites « non-graves » produisent également des effets juridiques qui ne doivent être ignorés. L'indérogeabilité des normes du droit des conflits armés possède, au vue des sanctions lourdes qui découlent des violations, une fonction dissuasive et un rôle répressif. La responsabilité absolue des Etats pour tout fait illicite commis en contravention du DIH, doublée de la responsabilité pénale des individus pour les actes criminels, octroient à cette indérogeabilité une signification particulière, à savoir l'impossibilité « théorique » pour les sujets de droit de contourner leur responsabilité en cas de manquement à leurs devoirs.<sup>1515</sup>

#### **d. Le DIH comme une *lex specialis* spéciale**

Le droit des conflits armés a toujours été appréhendé comme une branche singulière du droit international. Bien qu'il ne constitue plus un domaine juridique séparé des autres- pendant longtemps l'application du droit de la guerre suspendait l'application des règles relatives aux temps de paix- le DIH peut être toutefois encore considéré comme une *lex specialis* au sein du système, en raison des situations qui déclenchent son application et les conditions de sa mise en œuvre. Il est un domaine qui dévie du droit international général, de par son sujet, ses sources et ses conséquences. Le droit humanitaire impose des obligations, qui pour certaines, appartiennent à une catégorie *sui generis* spéciale.<sup>1516</sup> Le DIH possède une domination sur les autres ensembles juridiques lors de la survenance d'un conflit armé, puisqu'il est spécialement conçu pour ce type de circonstances, mais ces autres ensembles juridiques ne sont pas suspendus pour autant.

---

<sup>1514</sup> *Procureur v. Erdemovic*, IT-96-22-T, Chambre de première instance, jugement portant condamnation, 29 novembre 1996, §§ 64-65: « 65. Au regard de ce qui précède, le Tribunal voit dans la réprobation et la stigmatisation publique par la communauté internationale, qui par là exprime son indignation face à des crimes odieux et en dénonce les auteurs, l'une des fonctions essentielles de la peine d'emprisonnement pour crimes contre l'humanité. De plus, la mise en échec même limitée de l'impunité doit contribuer à la pacification et permettre aux populations éprouvées de faire le deuil des morts injustes. »

<sup>1515</sup> « (...) the affirmation that humanitarian law has been violated- that what has happened is prohibited even during an armed conflict- carries a connotation of greater moral reprobation. », O'DONNELL, Daniel, «Trends in the Application of International Humanitarian Law by United Nations Human Rights Mechanisms», *International Review of the Red Cross*, vol. 324, 1998, pp. 485-486

<sup>1516</sup> POST, Harry H.G., « Some Curiosities in the Sources of the Law of Armed Conflict Conceived in a General International Legal Perspective », in BARNHOORN, L.A.N.M., WELLENS, Karel C., *Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law*, La Haye/Boston/Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 86

Toutefois, en cas d'incompatibilité normative ou de doute sur l'application d'une règle, le droit humanitaire fait office de guide interprétatif et peut aussi mener, parfois, à un infléchissement de certaines normes établies de droit international.

*i. Droit international humanitaire et droit des traités*

L'article 60§5 mentionne expressément les traités à caractère humanitaire et exclut la règle permettant de suspendre ou mettre fin à un traité en réponse à une violation par l'une des parties contractantes :

*« La grande majorité des juristes reconnaît qu'une violation d'un traité par l'une des parties peut donner à l'autre partie le droit d'abroger le traité ou de suspendre l'exécution des obligations qui, aux termes du traité, lui incombent. La violation d'une obligation née d'un traité, comme de toute autre obligation, peut conférer à l'autre partie le droit d'user de représailles pacifiques et il est clair que ces représailles peuvent, à juste titre, porter sur les droits qu'a, aux termes du traité, la partie en défaut. »<sup>1517</sup>*

Les instruments conventionnels humanitaires sont une exception au principe relatif à la terminaison des obligations contractées énoncé ci-dessus, ceci à cause de leur nature objective et non-synallagmatique. L'indérogeabilité du droit international humanitaire est la conséquence de son caractère non-réciproque: un Etat ne peut déroger unilatéralement à ses obligations conventionnelles, ne peut les altérer, ceci même en réponse à une transgression commise par un autre Etat. L'explication est à trouver d'une part, dans l'essence fondamentale des normes, qui mènent à la prohibition de tous les actes entrepris en représailles et d'autre part, dans le constat que les obligations imposées aux Etats sont le plus souvent au bénéfice des individus. Par conséquent, une fois engagé juridiquement, l'Etat ne peut retirer les droits qu'il a consenti à octroyer aux individus, sous prétexte que son ennemi ne se comporte pas de manière conforme à ses propres engagements. La nature indérogeables des normes de DIH mène à créer cette exception, un infléchissement, au droit international des traités, et tend à limiter la liberté contractuelle des Etats, qui ne sont pas libres de terminer ou suspendre un traité, même si ce dernier n'est pas observé par les autres parties contractantes.

---

<sup>1517</sup> Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 18<sup>ème</sup> session, 4 mai-19 juillet 1966, A/6309/Rev.1, *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, 1966, p. 276, Commentaire de l'article 57 du projet, devenu l'article 60. Et, *Conséquence juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-ouest africain), nonobstant la Résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, CIJ, Avis consultatif, Recueil C.I.J. 1971, 21 juin 1971, p. 47, § 96 « Pour que cette objection soit valable, il faudrait montrer que le système des mandats établi par la Société des Nations excluait l'application du principe juridique général selon lequel le droit de mettre fin à un traité comme conséquence de sa violation doit être présumé exister pour tous les traités, **sauf en ce qui concerne les dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire** (convention de Vienne, art. 60, par. 5). »

## ii. Droit international humanitaire et droit de la responsabilité

Le droit international humanitaire ne représente pas une exception aux règles relatives à la responsabilité internationale des Etats, mais constitue une *lex specialis*, au sens de l'article 55 des dispositions sur la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite :

« Les présents articles ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où les conditions de l'existence d'un fait internationalement illicite ou le contenu ou la mise en œuvre de la responsabilité internationale d'un Etat sont régis par des règles spéciales de droit international. »<sup>1518</sup>

Les Etats sont libres de définir les relations qu'ils entretiennent *inter se*, le droit international, rappelons-le encore une fois, étant en majeure partie un droit dispositif.<sup>1519</sup> Les règles codifiées par la Commission du droit international s'appliquent de manière supplétive et « *c'est en fonction de la règle spéciale que l'on établira la mesure dans laquelle les règles générales sur la responsabilité des États énoncées dans les présents articles sont supplantées par cette règle.* »<sup>1520</sup>

Il a pu être démontré que la responsabilité étatique issue des violations des règles du droit des conflits armés dévie quelque peu du droit international général. Le lien d'imputabilité est étendu de telle sorte, que l'Etat devient responsable pour tous les actes commis en contravention du DIH par ses soldats, à titre officiel ou privé, notamment en raison du devoir imposé à l'Etat de maintenir la discipline au sein de ses troupes. Les violations ne peuvent être lavées de leur caractère illicite par les circonstances traditionnelles. En outre, la possibilité de prendre des contre-mesures est fortement limitée par l'interdiction des représailles.

Il peut être également soutenu que la notion d'Etat victime est élargie par certaines dispositions incluses dans les conventions de DIH, comme l'article 1 commun aux CG et l'article 89 du PAI, qui demande aux Etats de coopérer avec l'ONU pour mettre fin aux violations graves. Cette dernière disposition est à mettre en lien avec l'article 41 des *Articles relatifs à la responsabilité internationale des Etats*.<sup>1521</sup> L'article 1 commun est le pendant humanitaire de l'article 48 des mêmes articles, disposition qui détaille les mesures que peuvent prendre les Etats « autres que

---

<sup>1518</sup> Une exception peut être définie comme ce qui est en dehors de la règle, ce qui n'est pas soumis à la règle.

<sup>1519</sup> *Affaire du Plateau continental de la Mer du Nord*, RFA v. Danemark, RFA v. Pays-Bas, CIJ, Recueil C.I.J. 1969, arrêt du 20 février 1969, § 72 : « (...) on doit admettre qu'en pratique il est possible de déroger par voie d'accord aux règles de droit international dans des cas particuliers ou entre certaines parties... »

<sup>1520</sup> Commentaire de la Commission sur l'article 55, disponible at [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/commentaires/9\\_6\\_2001\\_francais.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/commentaires/9_6_2001_francais.pdf), consulté le 20 juillet 2011, p. 384.

<sup>1521</sup> « Conséquences particulières d'une violation grave d'une obligation en vertu du présent chapitre :

1. Les États doivent coopérer pour mettre fin, par des moyens licites, à toute violation grave au sens de l'article 40.
2. Aucun État ne doit reconnaître comme licite une situation créée par une violation grave au sens de l'article 40, ni prêter aide ou assistance au maintien de cette situation.
3. Le présent article est sans préjudice des autres conséquences prévues dans la présente partie et de toute conséquence supplémentaire que peut entraîner, d'après le droit international, une violation à laquelle s'applique le présent chapitre. »

l'Etat lésé ». Selon la nature de la norme, l'obligation est, soit due au groupe d'Etats parties au CG (*erga omnes partes*), soit à l'ensemble de la communauté internationale, si elle constitue une norme véhiculant des valeurs et intérêts globaux et universels. Au vu du manque de précision relativement aux obligations réelles incombant aux Etats tiers en cas de violations, l'article 1 ne fait que rappeler aux Etats les engagements qu'ils ont contractés et leur donne un droit de réagir et de demander le respect des règles, mais exclusivement dans les limites du droit international. Ces articles mettent en exergue la fundamentalité des normes du DIH et l'avantage, dont peuvent bénéficier les parties contractantes, à leur respect effectif.

La notion d'Etat lésé n'est pas *ipso facto* élargie, les violations commises lors d'un conflit armé international, et encore davantage lors d'un conflit non-international, ne portant pas nécessairement préjudice aux Etats non-impliqués dans les hostilités. Il existe néanmoins une obligation éthique importante qui incombe à chaque Etat, et ceci quelque soit la nature du conflit, d'assurer que la barbarie et la sauvagerie ne l'emportent pas sur le principe du respect d'un minimum d'humanité. L'indérogeabilité du DIH permet ici d'étendre les règles ordinaires, afin de dégager une responsabilité internationale absolue de l'Etat en cas de violations et de générer un droit de réaction plus ou moins général, en fonction de la gravité des transgressions.

### *iii. Une lex specialis aux droit international des droits de l'homme*

Le droit humanitaire dérive d'exigences spéciales et de ce fait, les règles qui en sont issues sont adaptées aux nécessités de la guerre. Des droits et des obligations sont conférés aux combattants et des protections sont garanties aux personnes qui se trouvent hors des combats, mais qui sont affectées par leurs effets. Le droit international des droits de l'homme confère des droits à tous les êtres humains sans aucune distinction : existe-t-il une différence entre ces droits individuels ? La distinction n'est pas créée par la nature des normes, qui possèdent le même objectif de protection, mais par les circonstances qui déclenchent leur application. Le DIH est une *lex specialis* au droit international des droits de l'homme, selon les termes de la Cour internationale de Justice, même si la pertinence du terme choisi est discutable.<sup>1522</sup>

---

<sup>1522</sup> Avis consultatif relatif à *La licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J. 1996, 8 juillet 1996, § 25 ; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J. 2004, 9 juillet 2004, § 106 ; *Affaire relative aux Activités armées sur le territoire du Congo*, République démocratique du Congo v. Ouganda, arrêt, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J. 2005, arrêt du 19 décembre 2005, §§ 216-220.

Le droit des conflits armés est perçu donc comme une *lex specialis* aux règles juridiques applicables en temps de normalité, la guerre étant une situation d'exception.<sup>1523</sup> Il peut être parfois plus protecteur et davantage détaillé que le corpus des droits de l'homme. Par exemple, les garanties judiciaires sont protégées en temps de conflit armé par de multiples dispositions, notamment les articles 3 commun au CG et 75 du PAI, alors que la question de l'indérogeabilité de ces dernières en temps de paix fait encore débat. Comme explicité *supra*, il est désormais reconnu que les droits de l'homme ne cessent pas de s'appliquer lors de la survenance d'un conflit armé international ou interne.<sup>1524</sup> Le DIH ne supprime pas le droit international des droits de l'homme, mais le précise, le complète et vient le renforcer dans certaines circonstances. Les droits de l'homme peuvent également renforcer le droit humanitaire, en donnant une définition plus élaborée de certains droits et obligations, comme l'interdiction de la torture ou l'obligation pour les Etats de fournir des soins médicaux.<sup>1525</sup> La référence faite aux droits de l'homme dans les préambules des CG et des PA indique la nécessité d'accorder d'amples protections aux victimes des conflits et que le régime des droits de l'homme n'est que « *[while partly being] supplemented or replaced by more comprehensive protection under the mentioned humanitarian treaty.* »<sup>1526</sup>

Certains droits fondamentaux, le droit à la vie ou le droit à la liberté et à la sûreté, doivent être interprétés et mis en œuvre au regard du droit humanitaire.<sup>1527</sup> la nature arbitraire de la privation doit être comprise en fonction de la situation de guerre et des principes du DIH, qui permettent aux combattants de tuer et à la partie belligérante d'emprisonner certaines catégories d'individus.<sup>1528</sup>

<sup>1523</sup> L'article 15§1 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 27§1 de la *Convention interaméricaine relative aux droits de l'homme* mentionnent la guerre comme une occurrence de danger public menaçant la Nation qui peut justifier la dérogation à certaines obligations.

<sup>1524</sup> L'article 72 du PA I énonce : « *Les dispositions de la présente Section complètent les normes relatives à la protection humanitaire des personnes civiles et des biens de caractère civil au pouvoir d'une Partie au conflit énoncées dans la IVe Convention, en particulier aux Titres I et III, ainsi que les autres normes applicables du droit international qui régissent la protection des droits fondamentaux de l'homme pendant un conflit armé de caractère international.* »

<sup>1525</sup> Relativement à l'interdiction de la torture, voir *Procureur v. Furundzija*, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, jugement, 10 décembre 1998, N° IT-95-17/1-t, § 159-160. L'obligation faite aux Etats occupants un territoire de devoir prendre soin de la population s'y trouvant, mentionnée à l'article 55 de la CG IV, doit être interprétée en fonction du droit à la santé, du droit à la nourriture, du droit à un niveau de vie décent, tels qu'énoncés dans le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966*.

<sup>1526</sup> FROWEIN, Joachen Abraham, « The Relationship between Human Rights Regimes and Regimes of Belligerent Occupation », *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 28, 1999, p. 8

<sup>1527</sup> *Avis consultatif de la Cour internationale de justice sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J. 1996, 8 juillet 1996, § 25 : « ... Ainsi, c'est uniquement au regard du droit applicable dans les conflits armés, et non au regard des dispositions du pacte lui-même, que l'on pourra dire si tel cas de décès provoqué par l'emploi d'un certain type d'armes au cours d'un conflit armé doit être considéré comme une privation arbitraire de la vie contraire à l'article 6 du pacte. »

<sup>1528</sup> Position adoptée et exprimée notamment par le Comité des droits de l'homme dans ses Observations générales N° 29, *Dérogations pendant un Etat d'urgence (article 4)*, adoptée par le Comité des droits de l'homme, à sa 1950<sup>ème</sup> séance, le 24 juillet 2001, *UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11*, 31 août 2001, §3 et N° 31, *La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*, adoptée par le Comité à sa 2187<sup>ème</sup> séance, le 29 mars 2004,

«...the test for evaluating the observance of a particular right, such as the right to liberty in situation of armed conflict may be distinct from that applicable in peace time. »<sup>1529</sup>

Le DIH constitue une *lex specialis* à portée relative: la situation exceptionnelle justifie une adaptation du droit ordinaire, mais en aucun cas sa suspension totale.<sup>1530</sup> Les règles spécifiques du droit des conflits armés ne dérogent donc pas aux standards en matière de droits de l'homme.<sup>1531</sup>

La *lex specialis* devient un moyen d'harmoniser et interpréter des règles qui peuvent sembler être en contradiction, mais qui, en réalité, sont souvent conciliables. Les droits de l'homme ne peuvent être transposés tels quels à une situation d'exception et doivent être intégrés dans la structure du DIH.<sup>1532</sup> Le terme de *lex specialis* est mal choisi, car il n'y a pas de réel conflit normatif, mais uniquement un ajustement des règles: l'adage *lex specialis derogat legis generalis*, en vertu duquel

---

UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 mai 2004, § 11 ; par les organes interaméricains dans l'affaire *Ribon Avila v. Colombie*, Rapport N°26/97, N°11.42, Rapport de la Commission du 30 septembre 1997, § 173 et l'affaire *Abella*, §§ 157-171 et *Coard*, §§ 42-43, voir note de bas de page 622.

*Question de la violation des droits de l'homme en territoires arabes occupés, y compris la Palestine*, Rapport du Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, M. John Dugard, sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés par Israël depuis 1967, soumis conformément aux résolutions 1993/2 A et 2002/8 de la Commission, Un Doc. E/CN.4/2003/30, 17 décembre 2002, § 5. Le Rapporteur interprète le droit à la vie à la lumière des principes de distinction et de précaution inhérents au DIH.

Egalement l'article 15§2 de la CEDH : « La disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre. »

<sup>1529</sup> *Detainees in Guantanamo Bay, Cuba: Request for Precautionary Measures*, Commission interaméricaine des droits de l'homme, 13 mars 2002. Egalement, *Report on Terrorism and Human Rights*, OEA/Ser.L./II.116, Doc. 5, Rev. 1 corr., 22 octobre 2002, § 29: « Rather, human rights law continues to apply except to the extent that it may properly be made the subject of derogations. In interpreting and applying human rights protections in such circumstances, however, it may be necessary for the Commission to refer to and consider pertinent provisions of international humanitarian law as the applicable *lex specialis*. »

<sup>1530</sup> *Fragmentation du Droit International. Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du Groupe d'Etude de la Commission du droit international, établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi, cinquante-huitième session, mai-août 2006, A/CN.4/L.682, 13 avril 2006, pp. 61-62, § 104 : « 104. L'exemple tiré des lois de la guerre vise précisément un cas dans lequel la règle elle-même énonce les conditions de son application, notamment l'existence d'un «conflit armé». Du fait de cette condition, la règle revêt un caractère plus «spécial» que dans l'hypothèse où une telle condition n'aurait pas été précisée. Le fait de considérer qu'on se trouve en présence d'une situation de *lex specialis* appelle l'attention sur un aspect important du principe. Même lorsque celui-ci est invoqué pour justifier le recours à une exception, ce qui est ainsi écarté ne disparaît pas pour autant. (...) La *lex specialis* n'opérerait pas d'une manière formelle ou absolue, mais elle illustre le pragmatisme dont était imprégné le raisonnement de la Cour.

(...) La *lex specialis* se bornait à signaler que, même au cas où il aurait pu être souhaitable de n'appliquer que les droits de l'homme, une telle solution aurait péché par un excès d'idéalisme, compte tenu du caractère spécial du conflit armé et de la persistance de celui-ci. La Cour a de la sorte suscité une conception systémique du droit dans laquelle les deux corps de règles se rejoignent (...) »

<sup>1531</sup> L'approche de l'applicabilité exclusive de l'un ou de l'autre corpus est notamment soutenue par DRAPER, Gerald I.A.D., «The Relationship between the Human Right and the Law of Armed Conflicts»,..., p. 206. Consulter également la position d'Israël mentionnée dans l'*Avis consultatif sur le Mur*, § 102 : « Israël conteste que le pacte international relatif aux droits civils et politiques et le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, qu'il a signés l'un et l'autre, soient applicables au territoire palestinien occupé. Il affirme que le droit humanitaire est le type de protection qui convient dans un conflit tel que celui qui existe en Cisjordanie et dans la bande de Gaza, tandis que les instruments relatifs aux droits de l'homme ont pour objet d'assurer la protection des citoyens vis-à-vis de leur propre gouvernement en temps de paix. » ; Et, DENNIS, Michael J., « Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation », *American Journal of International Law*, vol. 99, 2005, pp. 139-141

<sup>1532</sup> *Procureur v. Dragoljub Kunarac et al.*, IT-96-23-T, Chambre de première instance, jugement du 22 février 2001, §§ 470-480; *Procureur v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, IT-95-14/2-T, Chambre de première instance, jugement du 26 février 2001, § 470.

un ensemble juridique a la priorité totale sur l'autre, en vertu de son caractère spécifique, ne se vérifie pas.

« *L'effet de la lex specialis sur le droit général. L'application du droit spécial n'emporte pas normalement extinction du droit général pertinent. Ce droit demeurera valable et applicable; il continuera, conformément au principe de l'harmonisation visé à la conclusion 4 supra, à orienter l'interprétation et l'application du droit spécial pertinent et deviendra pleinement applicable dans des situations non prévues par ce dernier.* »<sup>1533</sup>

Il ne s'agit pas d'une question d'applicabilité de l'un ou de l'autre domaine, mais de l'application des normes à la lumière des circonstances de l'espèce.<sup>1534</sup> Si l'on fait recours à la *lex specialis* au sens classique, on promeut la doctrine de l'administration Bush relative aux détenus à Guantanamo Bay: les droits de l'homme protégeant les prisonniers ont été supplantés par le DIH, qui ne leur accorde quasiment aucune protection, vu qu'ils sont considérés comme des combattants illégaux.<sup>1535</sup>

Plusieurs approches peuvent être acceptées concernant les relations entre le droit international des droits de l'homme et le DIH. Reprenons le raisonnement de la CIJ dans son *Avis consultatif relatif au Mur en territoires palestiniens*: il existe des droits qui relèvent exclusivement du DIH, des droits qui sont spécifiques aux droits de l'homme et finalement des droits qui appartiennent aux deux ensembles, mais qui ne sont pas automatiquement exprimés de manière identique.<sup>1536</sup> Par conséquent, s'il y a divergence dans la formulation, soit on tend vers une approche téléologique et on opte continûment pour la norme la plus protectrice et la plus précise, en raison du but fondamental poursuivi par les deux ensembles juridiques, à savoir la défense de la dignité humaine ; soit, lorsque l'on se trouve en situation de divergence, et non de conflit juridique, on interprète les normes applicables au regard du DIH.<sup>1537</sup> C'est ce qu'a entrepris la CIJ en employant

---

<sup>1533</sup> *Conclusions des travaux du Groupe d'étude de La fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, 2006, § 9, p. 4.

<sup>1534</sup> «*They underline the important point that the rules developed for peacetime circumstances cannot be applied in an unqualified manner to the conduct of armed conflict. Rather, they must be integrated in a sensible way into the structure of the law of armed conflict, which recognizes that intentional destruction of life and property is a necessary aspect of the conduct of hostilities, and that collateral damage and injury-even to non-combatants, civilian property and the natural environment- are an inevitable (though regrettable) consequence.*», MATHESON, Michael J., «*The Opinions of the International Court of Justice on the threat or use of nuclear weapons* », *American Journal of International Law*, vol. 91, 1997, p. 423; également, MILANOVIC, Marko, «*A Norm Conflict Perspective on the Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law*», *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 14, n°3, 2010, pp. 459-483

<sup>1535</sup> Voir : *Letter dated 2 April 2003 from Permanent Mission of the USA to the UN Office at Geneva addressed to the Secretariat of the Commission on Human Rights*, en réponse au rapport du Groupe de travail de la Commission concernant la détention arbitraire (E/CN.4/2003/8), E/CN.4/2003/G/73, 7 avril 2003. Les Etats-Unis ont également maintenu que la *Convention de 1984 relative à l'interdiction de la torture* ne s'appliquait pas aux détenus de Guantanamo Bay. Voir la *Deuxième Rapport périodique des Etats-Unis au Comité contre la torture*, UN Doc. CAT/C/48/Add.3/Rev.1, 13 janvier 2006.

<sup>1536</sup> § 106 de l'*Avis consultatif*.

<sup>1537</sup> Voir l'article 31§3 (c) de la *CVDT*, relatif à l'interprétation: «*Il sera tenu compte, en même temps que du contexte ...c) De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.* »

la méthode de la *lex specialis*. La Commission interaméricaine des droits de l'homme a généralement utilisé les règles du DIH comme guide interprétatif, les considérant comme la source faisant autorité en temps de guerre.<sup>1538</sup> Elle a soutenu, que lors d'un conflit armé, elle doit également se référer et parfois appliquer les normes pertinentes du droit international humanitaire. Les garanties, et notamment le droit à la vie, énoncées dans les conventions en matière de droits de la personne, doivent être appréciées conjointement avec ce qui est prévu par le DIH.<sup>1539</sup> Les organes européens ont été extrêmement réticents à invoquer le droit humanitaire, même dans les cas où il n'existait aucun doute sur la situation de conflit ou d'occupation, comme en Tchétchénie,<sup>1540</sup> mais ils ont usé de temps à autres de concepts tirés du DIH, pour éclaircir certains points de droit ou qualifier les faits.<sup>1541</sup> Ce qui importe n'est pas tant l'existence d'un conflit normatif, mais l'accent est placé sur la réalisation des objectifs communs du DIH et des droits de

---

<sup>1538</sup> *Affaire Coard, notes de bas de page 622 et 628*, § 42 : « Fourth, in a situation of armed conflict, the test for assessing the observance of a particular right, such as the right to liberty, may, under given circumstances, be distinct from that applicable in a time of peace. For that reason, the standard to be applied must be deduced by reference to the applicable *lex specialis*. The American Declaration is drawn in general terms, and does not include specific provisions relating to its applicability in conflict situations. As will be seen in the analysis which follows, the Commission determined that the analysis of the petitioners' claims under the Declaration within their factual and legal context requires reference to international humanitarian law, which is a source of authoritative guidance and provides the specific normative standards which apply to conflict situations. In the present case, the standards of humanitarian law help to define whether the detention of the petitioners was "arbitrary" or not under the terms of Articles I and XXV of the American Declaration. As a general matter, while the Commission may find it necessary to look to the applicable rules of international humanitarian law when interpreting and applying the norms of the inter-American human rights system, where those bodies of law provide levels of protection which are distinct, the Commission is bound by its Charter-based mandate to give effect to the normative standard which best safeguards the rights of the individual. »

<sup>1539</sup> *Disabled People's International v. United States of America*, Commission interaméricaine des droits de l'homme, Requête N° 92/13, décision sur la recevabilité, 22 septembre 1987, § 135 et §§ 167 et suivants.

<sup>1540</sup> Voir les affaires suivantes devant la Cour européenne des droits de l'homme : *Khashiyev and Akayeva v. Russie*, Requêtes N° 57942/00 et 57945/00, arrêt du 24 février 2005 ; *Bozorkina v. Russie*, Requête N° 69481/01, arrêt du 27 juillet 2006 et *Chitayev et Chitayev v. Russie*, Requête N° 59334/00, arrêt du 18 janvier 2007.

<sup>1541</sup> Voir *supra* note de bas de page 621. *Chypre v. Turquie*, Commission européenne des droits de l'homme, Requêtes 6780/74 et 6950/75, rapport du 11 juillet 1976 : la Commission emploie les critères de la CG III pour évaluer la licéité de l'emprisonnement des prisonniers de guerre ; *Ergi v. Turquie*, Cour européenne des droits de l'homme, Requête N° 661997/850/1057, arrêt, Strasbourg, 28 juillet 1998, §§ 79-80 : la Cour emploie le principe de précaution et celui de nécessité militaire. *Gülec v. Turquie*, Cour européenne des droits de l'homme Requête N° 21593/93, arrêt du 27 juillet 1998 : la Cour emploie les principes de proportionnalité et distinction pour juger de la légalité du recours à la force par l'armée turque ; *Affaire Özkan v. Turquie*, Cour européenne des droits de l'homme Requête N° 21689/93, arrêt du 6 avril 2004, § 297 : emploi du principe de précaution ; *Affaire Issaieva v. Russie*, Cour européenne des droits de l'homme Requête N° 57850/00, arrêt du 24 février 2005, §§ 169-175 et §§ 189-191 : recours au principe de précaution pour évaluer la légalité de l'opération armée et au principe d'interdiction des armes indiscriminées ; *Affaire Issaieva, Yusupova et Bazayeva v. Russie*, Cour européenne des droits de l'homme Requêtes N° 57947/00, N° 57948/00 et N° 57949/00, arrêt du 24 février 2005, §§ 155-160 : emploi des principes de distinction et de précaution ; *Affaire Varnava et al. v. Turquie*, Cour européenne des droits de l'homme, Requêtes N° 16064/90-16073/90, arrêts du 10 janvier 2008 et 18 septembre 2009 (Grande Chambre), § 130 : obligation des Etats de protéger les personnes qui ne participent pas ou plus aux hostilités ; *Affaire Kokonov v. Lettonie*, Cour européenne des droits de l'homme, Requête N° 36376/04, arrêts du 26 janvier 2009 et du 17 mai 2010 (Grande Chambre) : emploi du principe de distinction et de la notion de crimes de guerre. Egalement, le récent arrêt *Al-Jedda v. Royaume-Uni*, Requête 27021/08, Cour européenne des droits de l'homme, arrêt de la Grande Chambre, 7 juillet 2011, § 107 : « (...) Il semble par ailleurs ressortir des dispositions de la quatrième Convention de Genève telles qu'analysées par la Cour que, d'après le droit humanitaire international, l'internement doit être considéré non pas comme une mesure que la puissance occupante serait tenue de prendre mais comme une action de dernier ressort. »

l'homme.<sup>1542</sup> L'abandon subséquent par la CIJ de la notion de *lex specialis* pour définir les relations entre le DIH et les droits de l'homme appuie cette conclusion et souligne la difficulté de déterminer *in abstracto* et avec précision quel domaine représente le droit spécial.<sup>1543</sup> En effet, aussi bien le droit humanitaire que le droit international des droits de l'homme peut être *specialis*, l'un par rapport à l'autre ; tout dépend du cas *in concreto*.<sup>1544</sup> La meilleure approche est celle qui tend à accepter que chaque domaine doit être interprété à la lumière de l'autre et appliqué selon les exigences de la situation, le type de conflit, la catégorie de personnes à protéger et les droits en cause ; la *lex specialis* n'étant alors qu'un outil interprétatif permettant une lecture plus circonstanciée des normes et de l'application qui doit en être faite.<sup>1545</sup>

La thématique de l'indérogeabilité soulève la problématique des conflits pouvant survenir entre des règles de droit international et des techniques de résolution de ces derniers. Les relations qu'entretiennent le droit général et le droit spécial sont définies comme :

« *A particular rule may be considered an application of the general rule in a given circumstance...it may give instruction on what a general rule requires in the case at hand. Alternatively, a particular rule may be conceived as an exception to the general rule...the particular derogates from the general rule.* »<sup>1546</sup>

Le DIH en tant que *lex specialis* au droit international général constitue soit une exception ou plutôt, un infléchissement, dans le cadre du droit des traités et du droit de la responsabilité des Etats, soit une application spécifique du droit général, en ce qui concerne les droits de l'homme. Il précise ce que la règle générale exige dans les circonstances spécifiques de belligérance. Le

---

<sup>1542</sup> « *In international law, lex specialis is nothing more than a sub-species of harmonious interpretation, a method of norm conflict avoidance. All it can do is assist in the interpretation of general terms and standards in either IHL or international human rights law by reference to more specific norms from the other branch of law.* », MILANOVIC, Marko, « A Norm Conflict Perspective on the Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law », *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 14, n°3, 2010, p. 476

<sup>1543</sup> *Affaire relative aux Activités armées sur le territoire du Congo*, République démocratique du Congo v. Ouganda, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J. 2005, arrêt du 19 décembre 2005, § 216; *La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*, adoptée par le Comité à sa 2187<sup>ème</sup> séance, le 29 mars 2004, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 mai 2004, § 11 : « *Même si, pour certains droits consacrés par le Pacte, des règles plus spécifiques du droit international humanitaire peuvent être pertinentes aux fins de l'interprétation des droits consacrés par le Pacte, les deux domaines du droit sont complémentaires et ne s'excluent pas l'un l'autre.* »

<sup>1544</sup> Sur le raisonnement de la CIJ percevant le DIH comme la *lex specialis*: « *...as human rights law is more precise than IHL in certain domains, the relations of interpretation must be able to operate in the other direction.* », ICRC *Summary Report, XVII<sup>th</sup> Round Table on current Problems on International Humanitarian Law*, *International Humanitarian Law and Other Legal Regimes: Interplay in situations of Violence: Proceedings*, Milan, Nagard, 2005, p. 8

<sup>1545</sup> PAUWELYN, Joost, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO law relates to other rules of international law?*, 5<sup>ème</sup> Ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 410; BEN-NAFTALI, Orna, SHANY, Yuval, « Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories », *Israel Law Review*, vol. 37, 2003, p. 57 et PRUD'HOMME, Nancie, « Lex Specialis: Oversimplifying a more Complex and Multifaceted Relationship », *Israel Law Review*, vol. 40, N°2, 2007, pp. 387-392

<sup>1546</sup> *Fragmentation of International Law, The function and scope of the lex specialis rule and the question of self-contained regimes*, *Outline*, International Law Commission, Study Group on Fragmentation, disponible at [http://untreaty.un.org/ilc/sessions/55/fragmentation\\_outline.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/sessions/55/fragmentation_outline.pdf), consulté le 23 juillet 2011, p. 4.

caractère indérogeable de celui-ci n'élimine pas complètement les règles qui sont applicables en temps de normalité. L'indérogeabilité du droit international humanitaire lui est inhérente et ne concerne donc pas ses rapports avec les autres domaines du droit international, contrairement au *jus cogens* et à l'article 103 de la Charte, qui sont formulés au regard d'autres normes pouvant entrer en conflit direct avec les obligations qu'ils énoncent. Le droit humanitaire est une *lex specialis* au regard du champ qu'il a à réguler, mais ne constitue pas, contrairement aux deux catégories mentionnées, un mécanisme de résolution des conflits juridiques.

## 6. Conclusion: une indérogeabilité idéalisée à dimension variable

L'indérogeabilité inhérente au droit des conflits armés remplit par conséquent des fonctions concrètes, que celles-ci soient exercées au plan juridique ou qu'elles se déploient à un niveau symbolique. Néanmoins, l'analyse du droit international humanitaire laisse entrevoir une contradiction entre sa nature prétendument indérogeable, mise en exergue par la communauté des humanitaires, et le fait que le droit des conflits armés est probablement la branche la moins respectée du droit international. Certains voient dans cet ensemble juridique la pointe de fuite du droit international :

*«(...) if international law is, in some ways, at the vanishing point of law, law of war is perhaps more conspicuously, at the vanishing point of international law.»<sup>1547</sup>*

La contradiction est au cœur du droit international humanitaire, car son objectif est de tenter d'humaniser une situation dans laquelle la vie humaine ne signifie quasiment plus rien. Cette entreprise «utopique» a établi des règles, plancher minimal, qui ne peut supporter les dérogations. Cette indérogeabilité existe, mais son caractère absolu ne peut être accepté. En tant que droit de compromis, le DIH autorise l'adaptation des normes à la réalité, et pour ce faire, laisse une marge de liberté, d'action et d'interprétation aux acteurs impliqués. Contrairement à d'autres branches, le droit humanitaire ne connaît pas les concepts de dérogations ou de normes indérogeables et il a été déduit que cette absence engendrerait l'indérogeabilité de l'ensemble du corpus. Cette section finale a pour visée de relativiser cette affirmation et de démontrer l'idéalisation d'une indérogeabilité qui se révèle être contingente et hautement dépendante des circonstances.

---

<sup>1547</sup> LAUTERPACHT, Hersch, « The problem of revision of the law of the war », *British Yearbook of International Law*, vol. 29, 1952, p. 382. Et: «...the rules of international law of armed conflicts, which seek to protect certain groups from the worst effects of these conflicts, have been more honoured in the breach than in observance.», HEINTZE, Hans-Joachim, «The European Court of Human Rights and the Implementation of Human rights standards during armed conflicts», *German Yearbook of International Law*, vol. 45, 2002, p. 60

### a. Un ensemble juridique tributaire des personnes et des situations

Le droit des conflits armés peut être divisé en deux composantes: un *jus strictum*, composé de règles qui ne reconnaissent aucune qualification, dérogation ou exception, et un *jus aequum*, où les notions de nécessité militaire et de proportionnalité sont à prendre en considération, afin d'évaluer la licéité des actions entreprises par les belligérants.<sup>1548</sup> L'indérogeabilité varie en fonction de la nature et de l'objectif des règles. Le droit de Genève, principalement infusé par le principe d'humanité, est un droit qui n'est pas, ou ne devrait pas être négociable. Celui-ci est caractérisé par des interdictions qui ne sont pas, pour la plupart, sujettes aux dérogations, alors que le droit de La Haye, l'autre versant du DIH, octroie une place beaucoup plus importante à la nécessité militaire. Il est, de plus, majoritairement énoncé en des termes permissifs, formulés de manière relativement vague. Le choix d'employer telle ou telle arme dépend premièrement de l'avantage stratégique de celle-ci et du désavantage de ne pas l'utiliser, si l'ennemi y a recours, et seulement ensuite, des effets et des dommages causés par ladite arme sur la population. Le droit concernant la conduite des hostilités tente d'achever un équilibre entre nécessité du terrain et humanité, dans le but de protéger, en premier chef, les intérêts des belligérants et garantir la survie des Etats. Contrairement à l'idée véhiculée, la réciprocité est encore très présente dans cette partie du DIH, car ce qui est en jeu, c'est la victoire de la guerre.<sup>1549</sup> Cette persistance des intérêts égoïstes des Etats fait ici obstacle à une réelle indérogeabilité. Le droit de Genève vise la protection des victimes des conflits, la primauté est accordée aux individus, ce sont eux qui possèdent des droits et non les Etats. Cet ensemble de normes à visée humanitaire peut être accepté comme indérogeable, car « reconnaître des droits aux victimes ne cause pas préjudice aux combattants. »<sup>1550</sup> Ici, indérogeabilité signifie presque impérativité, car ces normes ne sont pas sujettes à quelconques limitations ou exceptions.<sup>1551</sup>

Il est certaines normes du DIH, qui mélangent droit de Genève et droit de La Haye, comme par exemple l'interdiction des représailles contre les civils. Le but de la prohibition est de protéger la

---

<sup>1548</sup> KRETZMER, David, « The Advisory Opinion : The Light Treatment of International Humanitarian Law », *American Journal of International Law*, vol. 99, 2005, p. 88

<sup>1549</sup> Voir OPPENHEIM, Lassa Francis Lawrence, *International law: A Treatise*, ..., p. 236, **Section III. C. 2. c. et note de bas de page 1221.**

<sup>1550</sup> SAUNIER, Philippe, « Les règles fondamentales sur l'usage de méthodes et de moyens de combat et les règles du Protocole I de 1977 sur les dommages excessifs causés aux civils », in SANDOZ, Yves, KALSHOVEN, Frits, (Eds.), *Implementation of International Humanitarian Law : research papers by participants in the 1986 Session of the Centre for Studies and Research in International Law and International Relations of the Hague Academy of International Law/Mise en œuvre du droit International Humanitaire : travaux de recherche des participants à la session de 1986 du centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales de l'Académie de droit international de La Haye*, Dordrecht/Boston, Martinus Nijhoff, 1989, p. 362

<sup>1551</sup> Par exemple, l'article 33 de la CG IV.

population, mais en même temps, les représailles ont une valeur militaire indéniable.<sup>1552</sup> Le droit de l'occupation est une autre illustration intéressante de cette tension: certaines dispositions protègent de manière absolue certains droits et interdisent certaines actions sans aucun échappatoire possible- notamment les articles 31, 32, 33, 47, 49§1 et §6, 52, 56, 65, 76 de la CG IV et 45-47 du *Règlement de La Haye de 1907*- alors que d'autres donnent une importance particulière à la sécurité et aux intérêts l'occupant, comme les articles 64 de la CG IV et 43 du *Règlement*. Jean Pictet avait tort quand il soutint que toutes les normes de DIH sont fondamentalement objectives et que leur application est inconditionnée.<sup>1553</sup> L'unité des règles affirmé par la CIJ dans son *Avis sur les armes nucléaires* est remise en cause par cette fracture qui existe entre les règles du droit de Genève et celles relevant du droit de La Haye.

La protection offerte par le DIH varie également selon les personnes visées: les personnes hors de combat- blessés, malades, naufragés, prisonniers- et celles qui se trouvent aux mains de leurs ennemis, ainsi que les femmes, les enfants, les réfugiés et les autres catégories vulnérables, se voient octroyer de larges garanties, alors que d'autres n'ont le droit qu'à un minimum de protection. Les combattants, mais également les mercenaires (article 47 du PAI), les espions (article 46 du PAI), les civils qui se livrent à des activités préjudiciables (article 5 de la CG IV), le combattant qui ne répond pas aux critères pour obtenir le statut de prisonnier de guerre (articles 43 à 45 du PAI) et les personnes détenues par leur Etat national ne bénéficient que de peu de privilèges, hormis les garanties de l'article 75 du PAI. Finalement, le droit des conflits internationaux est plus développé et précis que celui des conflits non-internationaux, différence expliquée par la réserve des Etats quand il s'agit de limiter leur liberté d'action sur leur propre territoire. En plus d'exiger un seuil extrêmement élevé pour être applicable, le droit des CANI fut initialement composé de quelques règles minimales. Il sera démontré dans la suite de cette section, que le champ d'application du droit humanitaire a été élargi par une interprétation extensive, ainsi que par l'intermédiaire du droit coutumier, réduisant ainsi les écarts de protection. Ces lectures, légitimes ou non, ont pour finalité de consolider l'indérogeabilité du DIH, par un déploiement de ses effets à toutes les situations et à tout type d'acteurs.

---

<sup>1552</sup> Voir *supra* **partie III. C. 3. c.**, sur les questions de mise en balance des considérations militaires et humanitaires.

<sup>1553</sup> PICTET, Jean, *Les principes du droit international humanitaire*, ..., p. 108

## b. Un ensemble juridique tributaire de l'interprétation

Le droit humanitaire, en raison de sa logique interne, de sa rhétorique et de son langage, parfois ambigu, peut être interprété de diverses manières, ce qui fait de lui un domaine particulièrement sensible aux manipulations sémantiques. Le droit humanitaire et son interprétation ont varié au gré de l'évolution des valeurs sociales et des préoccupations éthiques, ainsi que des innovations technologiques et stratégiques dans la sphère militaire. Différents acteurs sont impliqués dans le processus interprétatif, chacun possédant des intérêts propres et se trouvant confrontés à des situations, auxquelles ils doivent répondre conformément au droit en vigueur. Un humanitaire, un juriste ou un militaire, un soldat ou un commandant, n'adopteront pas la même perspective quant au sens à donner à une norme. Le DIH représente un langage de base compris par tous, mais chaque acteur entreprend sa propre lecture des règles. La nature vague et complexe des règles de DIH mène à ces divergences interprétatives. La plupart d'entre elles sont accompagnées de standards flexibles, qui permettent de prendre en compte les cas spéciaux et les situations de nécessité extrême. Toutefois, cette souplesse engendre des controverses sur le sens à donner aux dispositions, ce qui facilite la possibilité de procéder à des évaluations plus au moins arbitraires des situations.<sup>1554</sup>

*« In the absence of either explicit boundaries or shared understanding, belligerents would inevitably interpret these terms in the heat of battle to suit their immediate military needs »*<sup>1555</sup>

Comme tout domaine juridique où la proportionnalité joue un rôle pivot, le droit des conflits armés est manipulable et manipulé, car il exige la mise en balance continue de considérations qui peuvent être en contradiction. Ceci représente un exercice d'appréciation hautement relatif:

*« How should we evaluate the irreducibly imaginary quality of the promise that costs and benefits will be weighed, that warfare will be proportional, its violence necessary? »*<sup>1556</sup>

L'évaluation de la proportionnalité d'une action implique une grande dose de subjectivité: Israël, en tant qu'occupant juge que les mesures prises, détentions administratives, check-points, couvre-feux sont justifiées par ses besoins sécuritaires. La menace terroriste fait pencher la balance vers le principe de nécessité militaire et constitue un prétexte moralement puissant, pour violer des

---

<sup>1554</sup> A propos de l'Avis de la CIJ, Martti Koskenniemi considère que la marge d'interprétation laissée par le DIH a mené à : « *abstract and contentious speculation about matters of uncertainty and grave political importance.* » Voir aussi: KOSKENNIEMI, Martti, « The Silence of Law, The Voice of Justice », in BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, SANDS, Philippe, (Eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, 592 p. 496 (488-508)

<sup>1555</sup> JOCHNICK, Chris af, NORMAND, Roger, «The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War»,..., p. 56

<sup>1556</sup> KENNEDY, David, *Of War and Law...*, p. 144. L'auteur donne l'exemple des bombardements américains effectués pendant la Guerre du Golfe, qui visaient principalement des générateurs d'énergie. Ces bombardements ont eu pour effet de contaminer l'eau courante et ont, par la suite, généré une épidémie de choléra. Pour autant, peut-on affirmer avec certitude que ces actes ont violé le principe de proportionnalité et que les dommages causés ont été excessifs par rapport à l'avantage militaire obtenu?

dispositions, qui n'impliquent, dans les faits, aucunement sa sécurité : déportations, colonisation, destructions massives, techniques interrogatoires assimilables à de la torture ou à des traitements inhumains. Le droit devient ici un outil stratégique employé dans une optique contraire à son objectif de base. Le principe de proportionnalité peut certes être défini en référence au PAI<sup>1557</sup> ou aux *Règles de La Haye de 1923 concernant le contrôle de la radiotélégraphie en temps de guerre et la guerre aérienne*, dont l'article 24§4 énonce :

*« Dans le voisinage immédiat des opérations des forces de terre, le bombardement des cités, villes, villages, habitations et édifices est légitime, pourvu qu'il existe une présomption raisonnable que la concentration militaire y est assez importante pour justifier le bombardement, en tenant compte du danger ainsi couru par la population civile. »*

Rappelons que ces règles ne sont jamais entrées en vigueur et il est vrai qu'elles n'apportent pas beaucoup d'indications sur ce que signifient les expressions « présomption raisonnable ou concentration militaire assez importante ». Comment comparer un avantage militaire à des dommages humains et matériels ? Quel est le sens du mot excessif, mentionné à l'article 57 du PAI ?<sup>1558</sup> Le Protocole est tout autant énigmatique. De plus, le Statut de Rome définit le principe d'une manière inédite, en parlant de l'ensemble de l'avantage militaire concret et direct attendu, alors que les commentaires du CICR ont toujours entendu le terme comme l'avantage immédiat.<sup>1559</sup>

Tous les principes fondamentaux et toutes les notions essentielles du droit humanitaire sont sujets à des divergences interprétatives: le principe de nécessité, le principe de proportionnalité, le principe de distinction,<sup>1560</sup> le principe de précaution,<sup>1561</sup> l'objectif militaire,<sup>1562</sup> le concept de

---

<sup>1557</sup> Article 57§b : « une attaque doit être annulée ou interrompue lorsque... l'on peut attendre qu'elle cause incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu... »

<sup>1558</sup> S'agit de l'avantage militaire concret et direct attendu global ou d'un avantage précis ? Faut-il évaluer la proportionnalité de l'attaque en fonction de sa globalité ou uniquement au regard de parties isolées ? Qui procède à l'évaluation ? Autant de questions qui n'ont pu être résolues.

<sup>1559</sup> Article 8§2.b.iv. du Statut de la CPI. Voir également *Report to the Prosecutor by the Committee established to review the NATO bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia*, 13 June 2000, §§ 49-50, disponible at <http://kosova.org/post/UN-Final-Report-to-the-NATO-Bombing-Campaign-Against-Yugoslavia.aspx>, consulté le 28 juillet 2011.

<sup>1560</sup> Le principe de distinction a été décrit comme « *general, inspirational standard [which] leads to more questions concerning both the suitable action in specific cases and the identity of the person or the institution responsible for making the decision.* », BENVENISTI, Eyal, « Human Dignity in Combat: The Duty to Spare Enemy Civilians », *Israel Law Review*, vol. 39, 2006, p. 91

<sup>1561</sup> *Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs (Protocole II)*, Genève, 10 octobre 1980, article 3§4 : « 4. Toutes les précautions possibles seront prises pour protéger les civils des effets des armes auxquelles s'applique le présent article. Par précautions possibles, on entend les précautions qui sont praticables ou qu'il est pratiquement possible de prendre eu égard à toutes les conditions du moment, notamment aux considérations d'ordre humanitaire et d'ordre militaire. » Versus la position britannique exprimée dans sa déclaration à l'article 57 du PAI : « *Le Royaume-Uni entend que l'obligation de respecter le paragraphe 2 b) ne s'étend qu'à ceux qui ont le pouvoir et auxquels il est pratiquement possible d'annuler ou de suspendre l'attaque.* »

participation directe aux hostilités,<sup>1563</sup> tout comme la notion de maux superflus et des souffrances inutiles.<sup>1564</sup> Les diverses déclarations interprétatives faites par les Etats aux CG et aux PA prouvent le manque de consensus existant sur ces notions.<sup>1565</sup> Le sens donné à ces principes dépend de l'acteur qui procède à l'interprétation, de la nature du conflit et des ressources matérielles et techniques à disposition des belligérants. L'analyse de la jurisprudence de la Cour suprême israélienne démontre, par exemple, que les juges ont une conception large de la nécessité militaire et de la proportionnalité: la nécessité est comprise comme incluant les intérêts militaires des forces d'occupation, la sécurité de l'Etat et la protection des civils, tant dans les territoires occupés qu'en Israël.<sup>1566</sup>

---

<sup>1562</sup> Les Etats-Unis ont redéfini et élargi le concept d'objectif militaire dans leur guerre contre le terrorisme, en y incluant tous les « *war-sustaining efforts objects* ». Voir également les débats autour du bombardement de Belgrade par les forces de l'OTAN : le moral de la population ennemie, les moyens de communication, les leaders politiques, les immeubles de la télévision et de la radio étaient-ils vraiment des objectifs militaires ?

<sup>1563</sup> Voir les débats autour de la question du statut des civils et des sociétés militaires privées dans les conflits armés et la théorie de la « *revolving door* » : un membre d'un groupe dissident ou un mercenaire est-il toujours un combattant lorsqu'il ne lutte pas et qu'il ne porte pas d'arme ?

« *The "unless and for such time" clause has resulted in what has come to be known as the "revolving door" debate, popularly characterized by the image of the civilian who is a guerrilla by night and a farmer by day. Can it possibly be that those who directly participate in hostilities regain their civilian immunity whenever they successfully return from an operation even though they fully intend to subsequently recommence hostile action?* », *Second Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities The Hague, 25-26 October 2004*, «Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees Expert» Paper submitted by Michael N. Schmitt, p. 17, disponible at <http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/2004-06-expert-paper-dph-icrc.pdf>, consulté le 15 décembre 2011

<sup>1564</sup> Selon Cassese, les maux superflus et les souffrances inutiles sont des concepts vagues et difficilement quantifiables. Ils devraient être définis en fonction de la douleur, de la gravité des blessures, du caractère permanent des maux, etc. CASSESE, Antonio, « Weapons causing unnecessary suffering: are they prohibited? », *Rivista di diritto Internazionale*, 1975, p. 20

Egalement, voir l'opinion dissidente du juge Shahabuddeen dans *l'Avis consultatif sur les armes nucléaires*, p. 402, relativement aux maux superflus : « *Il est exclu de recourir à un critère mécanique ou absolu: il faut mettre en balance le degré de souffrance infligé et l'avantage militaire recherché. Plus cet avantage militaire sera grand, plus on sera disposé à tolérer des niveaux de souffrance plus élevés. Et, bien entendu, c'est aux Etats qu'il appartient de trouver le point d'équilibre.* »

<sup>1565</sup> Voir par exemple la déclaration du Royaume-Uni à l'article 52 du PAI: Le Royaume-Uni entend:

- qu'une zone donnée peut constituer un objectif militaire si, à cause de son emplacement ou pour d'autres raisons précisées dans cet article, sa destruction totale ou partielle, sa capture ou sa neutralisation offrent en l'occurrence un avantage militaire précis ;
- que la première phrase du paragraphe 2 n'interdit que les attaques qui sont dirigées contre des objectifs non militaires; elle ne traite pas de la question des dommages collatéraux résultant d'attaques dirigées contre des objectifs militaires.

<sup>1566</sup> *Beit Sourik Village Council v. Israel*, HCJ 2056/04, Israeli Supreme Court, 30 June 2004, §§ 36-85; *Ayub v. Minister of Defence*, HCJ 606/78, 15 March 1979, § 33; *Yusef Muhammed Gusen v. Commander of the IDF Forces*, HCJ 4219/02, cité dans *The Separation Barrier and International Humanitarian Law :Policy Brief*, 6 July 2004.

Voir COHEN, Amichai, «Rules and Standards in the Application of International Humanitarian Law», *Israel Law Review*, vol. 41, 2008, pp. 41-66. Il procède à une étude intéressante sur l'interprétation du principe de proportionnalité, en comparant la jurisprudence des tribunaux israéliens- notamment dans les *affaires Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, 2004, Israel Supreme Court, *Physicians for Human Rights v. IDF Commander in Gaza*, 2004, Israel Supreme Court or *Yoav Hass v. IDF Commander in Judea and Samaria*, Israel Supreme Court, 2004 et la position de la CIJ dans *l'Avis sur le Mur*.

De nombreuses initiatives ont été entreprises pour tenter d'éclaircir ces notions, le *Projet SIrUS* de 1997<sup>1567</sup> ou encore le *Guide interprétatif du CICR sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire* de février 2009.<sup>1568</sup> En l'absence d'un accord général sur la signification de ces concepts fondamentaux, le DIH peut aisément être employé comme un instrument efficace de légitimation de comportements, qui semblent pourtant injustifiables, et comme un outil rhétorique puissant, permettant de persuader l'opinion publique de la licéité desdites actions. Deux auteurs démontrent comment les forces de la Coalition ont employé le droit des conflits armés lors de la Guerre du Golfe, afin de justifier la destruction d'infrastructures civiles. Par un élargissement de la notion d'objectif militaire, les Etats ont réussi à convaincre de la licéité de leurs actes et faire de cette guerre *the « most legalistic war ever fought »*.<sup>1569</sup> Pourtant, il est évident que le principe de proportionnalité ne fut que peu respecté lors de cette guerre, l'avantage militaire ayant toujours été privilégié au détriment des dommages civils.

Le droit international humanitaire est si malléable, qu'il est possible d'aller jusqu'à nier son applicabilité. Les Etats sont extrêmement réticents à reconnaître l'existence d'un conflit armé et par conséquent, à mettre en œuvre les règles en la matière.<sup>1570</sup> Désireux de conserver leur liberté et leurs compétences souveraines, les Etats ne reconnaissent pas l'existence du conflit, mais acceptent cependant l'état d'urgence, qui les autorise à suspendre certains droits fondamentaux et déclencher les lois d'exception. L'indérogeabilité présumée du DIH, censée renforcer la valeur normative du corpus, se voit affaiblie par le fait que les Etats tentent d'échapper à des obligations jugées trop lourdes.

*« As long as states continue to evade the applicability of humanitarian norms, justifying their evasions by specific circumstances of particular situations, little solace can be found in the principle that no derogations may be made legally made provides little solace... »*<sup>1571</sup>

Le refus d'appliquer les règles est aussi expliqué par la complexité des conflits contemporains, par la difficulté de les caractériser juridiquement, ainsi que par un manque d'opérationnalité des règles, ensemble de facteurs qui ont poussé quelques Etats, dont les Etats-Unis à ne pas ratifier le

---

<sup>1567</sup> Disponible at [http://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/pdf/SIrUS-project.pdf](http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/SIrUS-project.pdf), consulté le 28 juillet 2011. Ce projet élaboré conjointement par le CICR et des experts, notamment des médecins et des scientifiques, porte sur la détermination de ce que constituent des souffrances inutiles et des maux superflus et sur l'identification de critères.

<sup>1568</sup> Disponible at [http://www.icrc.org/fre/assets/files/other/icrc\\_001\\_0990.pdf](http://www.icrc.org/fre/assets/files/other/icrc_001_0990.pdf), consulté le 28 juillet 2011.

<sup>1569</sup> KEEVA, Steven, « Lawyers in the War Room », *ABA Journal*, vol. 77, December 1991, p. 53 et JOCHNICK, Chris af, NORMAND, Roger, « Legitimation of Violence: A Critical Analysis of the Gulf War », *Harvard International Law Journal*, vol. 35, 1994, N° 2, p. 395: « Coalition's legal rhetoric had the effect of promoting a vision of a clean, morally acceptable war in which, except for a few unavoidable accidents, innocents were being spared the horrors common to wars. »

<sup>1570</sup> « The first line of defence against IHL is to deny that it applies at all. », BAXTER, Richard R., « Some Existing Problems of Humanitarian Law », in *The Concept of International Conflict: Further Outlook, Proceedings of the International Symposium on Humanitarian Law in Brussels*, 1974, p. 2

<sup>1571</sup> MERON, Theodor, « On the inadequate reach of humanitarian and human rights law and the need for a new instrument », ..., p. 598

PAI. Comme si le droit des conflits armés était en contradiction avec les réalités de la guerre, comme s'il créait une collision entre son formalisme technique et théorique et le pragmatisme requis sur le champ de bataille.<sup>1572</sup>

Si le DIH est en partie composé de règles conventionnelles détaillées et précises, il est aussi bâti sur des standards et des principes généraux, dont l'application est tributaire d'un jugement de valeurs effectué par l'autorité qui se prononce. Le PAI introduit de nombreux concepts globaux, dont les contours demeurent encore incertains. Cette flexibilité peut être un avantage, car elle permet au droit de s'adapter aux évolutions et aux institutions de combler les lacunes juridiques. Toutefois, comme précédemment souligné, cette même flexibilité peut mener à des abus dans les interprétations effectuées: certains auteurs dénoncent le fait que les cours pénales internationales soient devenues créatrices de règles, tout comme le CICR.<sup>1573</sup> L'Etude relative au droit international humanitaire coutumier a provoqué la contestation des Etats, la plupart soutenant qu'ils n'ont pas consenti à la nature coutumière de toutes les règles promues par cette étude et qu'il ne s'agit que d'un moyen déguisé de promotion de l'agenda du Comité de la Croix Rouge.<sup>1574</sup>

### **c. Un droit de compromis: un équilibre instable?**

Depuis la naissance du droit de la guerre, ce domaine juridique est imprégné d'un double standard : une dichotomie entre le comportement désiré et le comportement réel, entre le droit et la pratique.<sup>1575</sup> Le droit humanitaire demeure sujet à l'appréciation des militaires sur le terrain, qui peuvent parfois faire des erreurs ; erreurs qui entraînent parfois des conséquences désastreuses.<sup>1576</sup> La volonté de faire du droit humanitaire un ensemble de normes indérogeables et de le rendre le plus « humain » possible, afin de justifier cette nature indérogeable, ne l'a-t-il pas transformé en un droit idéal ? Le droit de la guerre a-t-il oublié la réalité du terrain en incorporant trop de considérations humanitaires ?

---

<sup>1572</sup> LIEBERMAN, Michael M., «Pragmatism and Principle in International Humanitarian Law», *Israel Law Review*, vol. 42, 2009, pp. 150-167

« *On the whole, it was judged to be too ambiguous and complicated to use as a practical guide for military operations...* », SOFAER, Abraham, «The position of the USA on Current Law of War Agreements : Remarks of Judge A. D. Sofaer, Legal Adviser, US Department of State, January 22 1987», *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 2, 1987, p. 468

<sup>1573</sup> COHEN, Amichai, «Rules and Standards in the Application of International Humanitarian Law», ..., pp. 41-66

<sup>1574</sup> HENCKAERTS, Jean-Marie, DOSWALD-BECK, Louise, *Droit international humanitaire coutumier*, Bruxelles, Bruylant, 2006, vol. I et II.

<sup>1575</sup> HERCZEGH, Geza, «Some Thoughts on Ideas that Gave Rise to International Humanitarian Law», *International Law Studies Series US Naval War College*, vol. 71, 1998, p. 294

<sup>1576</sup> « *Despite the adoption of the various conventions on international humanitarian and human rights law over the past 50 years, hardly a day goes by were we are not presented with evidence of the intimidation, brutalization, torture and killing of helpless civilians in situations of armed conflict.* », *Protection of civilians in Armed Conflict*, Report of the United Nations Secretary General, UN Doc. S/1999/957, 8 September 1999, § 2.

«*Excessive humanization might exceed the limits acceptable to armed forces, provoke their resistance and thus erode the credibility of the rules.*»<sup>1577</sup>

Le droit des conflits armés doit être adapté aux exigences des circonstances de belligérance et tenter de mieux concilier le pragmatisme du champ de bataille et le formalisme du droit, l'idéalisme et l'efficacité. Jean Pictet désirait éviter un humanitarisme sans limites, qui selon lui, finirait par générer « *some fine writings, and perhaps a few gilded castles in the air, as evanescent as they are impressive* ». <sup>1578</sup> Les règles de droit doivent être observées en pratique et que cette indérogeabilité présumée se réalise par un respect sans faille des normes. Selon David Kennedy, il serait plus raisonnable d'évaluer les opérations militaires au regard de leurs effets, que de les encadrer au sein de limites juridiques trop étroites, qui ne produisent que des résultats pervers et imprévisibles. <sup>1579</sup> Les normes du DIH sont nécessaires, mais dans un système décentralisé comme le droit international, les sujets observent les règles, car ils possèdent la conviction qu'elles sont valides, légitimes ou justes. Toutefois, les conflits et les acteurs ont changé et tous ne parlent pas un langage identique et ne partagent pas la même conviction : un guérillero ou un terroriste n'ont pas les mêmes références et les mêmes valeurs qu'un Etat. Les règles du XIX<sup>ème</sup> siècle étaient déduites de la nature souveraine des Etats, seuls belligérants légitimes. <sup>1580</sup> Ces derniers créaient et appliquaient les principes et standards auxquels ils avaient consenti. Depuis, le principe d'humanité s'est progressivement propagé et étendu à tous les secteurs. Ce trop plein d'humanité est causé par le fait que les Etats n'ont plus le monopole de la création des normes, mais qu'une multitude d'acteurs, cours pénales, juges, ONG entre autres, participent au processus de formation du droit international. Néanmoins, comme dans tous les autres domaines du droit international, les Etats, malgré des forces qui tendent à les reléguer à une place secondaire, demeurent des sujets importants, si ce n'est prédominants, de l'ordre juridique international.

Le résultat est le suivant: un droit qui hésite entre des objectifs contraires, à savoir, d'une part, protéger les intérêts des Etats et d'autre part, éviter toute souffrance humaine. Le droit de la guerre moderne implique inévitablement des *trade-offs*, une mise en balance des dommages causés et l'acceptation que certains bénéfices militaires soient obtenus au prix de coûts humains élevés.

---

<sup>1577</sup> MERON, Theodor, «The Humanization of Humanitarian Law», *American Journal of International Law*, ..., p. 241

<sup>1578</sup> PICTET, Jean, «The Formation of International Humanitarian Law», *International Review of the Red Cross*, vol. 244, 1985, pp. 20-21. Voir également: « *After all is not enough to prescribe legal norms : the norms have to manifest themselves in the actual practice of States...Those who are sincerely interested in strengthening the role of humanitarianism and human rights in the laws of war must perceive that a divorce between law and reality does not alter reality, but is fatal to the law.* », DINSTEIN, Yoram, «The international law of inter-States wars and human rights», *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 7, 1997, p.153

<sup>1579</sup> KENNEDY, David, *Of War and Law*,..., pp. 90-91

<sup>1580</sup> « *The idea was that soldiers on both sides of a conflict has a shared professional interest in more humane rules of conduct.* », *ibidem*, p. 85.

L'indérogeabilité du DIH est et restera limitée, par la persistance du paradigme étatiste centré sur la souveraineté. L'exemple de l'*Avis de la CIJ sur les armes nucléaires* est probant: le droit humanitaire plie ses exigences devant le droit de l'Etat à se défendre et ceci, en contravention de tous les principes humanitaires fondamentaux. La nécessité l'emporte sur l'humanité. Le recours aux armes nucléaires serait un moyen de prévenir et d'éviter la guerre, tout comme peuvent l'être les représailles. L'*Avis* est imprégné de considérations politiques, sous la pression des grandes puissances militaires, qui ne veulent sous aucun prétexte abandonner leurs prérogatives.<sup>1581</sup>

#### d. Réserves, dénonciation et objection

L'indérogeabilité du DIH serait-elle limitée aux règles énoncées dans les CG, les PAI et les autres conventions de droit humanitaire et serait-elle, de ce fait, uniquement qu'une technique juridique imposant des obligations aux Etats parties aux traités en la matière? En théorie, les règles de DIH ne peuvent souffrir d'aucune dérogation décidée unilatéralement par un Etat partie ou par accord entre plusieurs Etats. La notion de dérogation est dans ce contexte plus large que celle entrevue par la *CVDT* en lien avec le *jus cogens*, car elle inclut également les cas de déviations unilatérales.<sup>1582</sup> Cependant, les Etats ont formulé un grand nombre de réserves et de déclarations interprétatives déguisées aux conventions. Ces dernières, hormis quelques exceptions,<sup>1583</sup> sont silencieuses quant à l'admissibilité des réserves, qui doivent donc, pour être valides, respecter les limites imposées par la *CVDT*, en vertu de son article 19. Les réserves faites à l'interdiction des représailles contenue dans le PAI sont-elles compatibles avec l'objet et le but essentiels du Titre IV du Protocole, à savoir la protection de civils? Même interrogation pour les réserves faites à

---

<sup>1581</sup> A titre d'exemple, les Etats-Unis ne sont pas parties au Statut de Rome, pas parties à la *Convention d'Ottawa sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction*, 18 septembre 1997 ; ils ne ratifient la *Convention de La Haye de 1954 sur la protection des biens culturels* qu'en 2009 et le *Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des armes incendiaires (Protocole III) de 1980* également en 2009 avec la réserve suivante : « *En ce qui concerne les paragraphes 2 et 3 de l'article 2, les États-Unis d'Amérique se réservent le droit de faire usage d'armes incendiaires contre des objectifs militaires situés à l'intérieur de concentrations de civils toutes les fois qu'ils estimeront que l'usage de telles armes entraînerait moins de pertes en vies humaines et/ou de dégâts collatéraux que celui d'autres armes, mais ce faisant, prendront toutes précautions possibles pour limiter les effets incendiaires à tel objectif militaire et pour éviter et, en tout état de cause, minimiser les pertes accidentelles en vies humaines dans la population civile, les blessures qui pourraient être causées aux civils et les dommages aux biens de caractère civil.* », disponible at <http://www.icrc.org/dih.nsf/NORM/3E93C3432DC131A6C1257558003EA163?OpenDocument>, consulté le 2 août 2011. Voir également la déclaration de Clinton justifiant sa décision de ne pas ratifier la Convention d'Ottawa: « *There is a line that I simply cannot cross, and that line is the safety and the security of our men and women in uniform.* », *U.S. Leads in Land Mine Removals While Others Talk*, 17 September 1997, disponible at <http://www.defense.gov/speeches/speech.aspx?speechid=785>, consulté le 3 mars 2011. Voir également les déclarations britannique et française au PAI, *supra* **note de bas de page 1311**.

<sup>1582</sup> Comme vu *supra* pour le *jus cogens*, l'indérogeabilité a été étendue par l'intermédiaire d'interprétations extensives, voir *supra* **II. B. 2**.

<sup>1583</sup> *Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction*, Paris le 13 janvier 1993, l'article XII interdit les réserves ; *Convention sur les armes à sous-munitions*, 30 mai 2008, article 19, également.

l'obligation d'autoriser le libre passage des secours (article 70 du PAI) ? Une réponse affirmative à ces questions serait plus que contestable.

Indérogeables, mais sujettes aux réserves et à la dénonciation,<sup>1584</sup> il devient évident que l'indérogeabilité des normes de DIH a une dimension qui lui est spécifique: il s'agit davantage d'une promouvoir le caractère exceptionnel du corpus, que d'imposer des règles absolues. Sur la délicate question des réserves, il a été justement dit :

« On ne retient souvent que le côté odieux des réserves qui sont autant d'amputations au droit international humanitaire...C'est oublier que les réserves constituent par ailleurs un moindre mal nécessaire, une brèche à l'intégrité d'un traité permettant d'atteindre sa participation universelle... »<sup>1585</sup>

S'il est possible de formuler des réserves à des dispositions conventionnelles, rien n'empêche *a priori* les Etats d'être des objecteurs persistants à une norme coutumière de droit humanitaire, à moins que celle-ci ne soit du *jus cogens*.<sup>1586</sup> Une approche différente peut être adoptée, si l'on se base sur la dimension morale et nécessaire des règles.<sup>1587</sup> L'objection serait rendue impossible par l'impact dramatique d'une pratique sur les victimes des conflits. L'indérogeabilité du corpus ferait donc obstacle à l'application de la doctrine, afin de sauvegarder les valeurs collectives protégées par le DIH. Celui-ci, tout en ne constituant pas du *jus cogens* dans sa globalité, deviendrait alors un domaine, où le rôle du consentement de l'Etat dans la formation et l'implémentation des règles est passablement réduit. Bien que l'importance des valeurs protégées pour l'ensemble de la société internationale, si un Etat s'oppose dès le début à l'existence d'une règle coutumière, il est difficile d'accepter qu'il soit juridiquement lié par celle-ci. Rejeter les occurrences d'objections persistantes reviendrait à faire du DIH un droit non-appliqué en pratique. En définitive, le caractère indérogeable du droit des conflits armés n'interdit pas aux Etats de formuler des réserves aux règles conventionnelles ou d'objecter aux normes coutumières, ce qui garantit une certaine permanence de fonction jouée par la volonté étatique dans le processus juridique. Toutefois, cette liberté est restreinte par le constat que le droit humanitaire est assurément un domaine spécifique du droit international, qui impose des limites au comportement des acteurs, au nom de la défense de certaines valeurs et de la promotion d'aspirations communes. Finalement, l'Etat qui fait une

---

<sup>1584</sup> Voir *supra*, partie consacrée à la Clause de Martens, **III.C. 5. a.**

<sup>1585</sup> GAUDREAU, Julie, «Les réserves aux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 85, N° 849, 2003, Rapports et documents, pp. 183-184

<sup>1586</sup> MENDELSON, Maurice, « The Law of Armed Conflict : Problems and Prospects », Comments made at the Conference to Mark the Publication of the ICRC Study on "Customary International Law", Chatham House, 18 April 2005, disponible at

<http://www.chathamhouse.org/sites/default/files/public/Research/International%20Law/ilparmedconflict.pdf>, consulté le 4 août 2011

<sup>1587</sup> GULDAHL, Camilla G., «The Role of Persistent Objection in International Humanitarian Law», *Nordic Journal of International Law*, vol. 77, 2008, p. 84

réserve, qui dénonce ou qui objecte, ne peut se délier, des obligations qui sont issues des principes du droit des gens tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique.

#### **e. L'extension du champ d'application des règles du droit international humanitaire, une tendance commune aux catégories indérogeables**

Quelles raisons expliquent que les catégories examinées dans ce travail sont toutes l'objet de velléités « expansionnistes », qui rejettent ou tentent de contourner les conditions d'application formelles des règles appartenant à ces corpus? Relativement au DIH, la première extension fut celle de l'application du droit de la guerre aux conflits internes. Traditionnellement, les guerres civiles faisaient partie du domaine réservé des Etats et n'étaient pas soumises à la réglementation internationale. Une prise de conscience est apparue quant à la nécessité d'un minimum de régulation, ceci même lors des conflits non-internationaux. Le droit de Genève visant la protection des individus, puis le droit de La Haye, trouvent désormais application lors de tout type de conflits.<sup>1588</sup> Ensuite, le seuil pour déclencher le droit des conflits internationaux a été abaissé ou modifié, comme en témoigne l'article 1§4 du PAI relativement aux guerres de libération nationale ou la jurisprudence *Tadic* en lien avec les conflits internes internationalisés.<sup>1589</sup> La frontière entre les CAI et les CANI a peu à peu disparu, ceci également sous l'effet de la proclamation de la nature coutumière de nombreuses règles, qui visaient initialement les conflits internationaux. Cette tendance vers la fusion des corpus débuta avec le jugement de la CIJ dans l'*affaire Nicaragua*, quant elle reconnut que l'article 3 commun était un plancher minimum qui trouvait application indépendamment de la nature du conflit. Selon la jurisprudence subséquente, cette division n'aurait plus de sens et irait même à l'encontre de l'objectif et de l'esprit des conventions humanitaires.<sup>1590</sup>

---

<sup>1588</sup> Le *Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs*, tel qu'il a été modifié le 3 mai 1996, *Protocole II à la Convention de 1980*, tel qu'il a été modifié le 3 mai 1996, article 1; *Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction*, 10 avril 1972, article 1; *Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction*, 18 septembre 1997, article 1 et *Deuxième Protocole relatif à la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, 26 mars 1999, article 22: ces conventions s'appliquent indépendamment que le conflit soit international ou non-international.

<sup>1589</sup> A propos de la définition de la notion de conflit armé dans la jurisprudence *Tadic*, il a été souligné qu'il s'agit de « *a more modern, simple and comprehensive wording of armed conflict* » en comparaison des définitions rigides incluses dans les CG et les PA. Voir, *Premier Rapport des effets des conflits armés sur les traités*, Rapporteur Spécial Lucius Caflish, UN Doc. A/CN/4/627, 22 mars 2010, § 21.

<sup>1590</sup> *Le Procureur v. Dusko Tadic, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*, Chambre d'appel, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Affaire IT-94-1, arrêt du 2 octobre 1995, § 97, *Procureur v. Delalic et al.*, Affaire IT-96-21-A, Chambre d'appel, arrêt du 20 février 2001, § 172.

Cette extension *ratione materiae* s'est accompagnée d'une volonté de punir les violations, quelque soit la nature du conflit : les crimes de guerres peuvent être désormais commis pendant des CANI et la répression de ces crimes est étendue aux violations de l'article 3 commun aux CG et au PAII.<sup>1591</sup> De nouveaux actes ont été inclus dans la catégorie des crimes de guerres et des crimes contre l'humanité, comme par exemple le fait de répandre la terreur parmi la population et la pratique du viol.<sup>1592</sup> Le droit des conflits armés a parallèlement augmenté le champ de sa portée au niveau *ratione personae*. Le DIH, en vertu de la CG IV, protège originellement uniquement les civils qui se trouvent « *au pouvoir d'une Partie au conflit ou d'une Puissance occupante dont elles ne sont pas ressortissantes* ». <sup>1593</sup> Sous l'effet de l'humanisation du droit de la guerre, le critère de la nationalité a été infléchi pour également inclure les personnes se trouvant aux mains de leur Etat national. L'exigence de la nationalité fut perçue comme trop légaliste et les instances procédèrent à une interprétation au regard de l'objectif des CG, à savoir la protection de toutes les personnes se trouvant aux mains du pouvoir arbitraire de l'Etat. L'appartenance à un groupe ethnique, puis l'allégeance à une partie au conflit, sont désormais les facteurs déterminants dans l'octroi du statut de personne protégée. Est protégé tout individu, qui ne bénéficie pas de la protection de la partie au conflit qui exerce un contrôle sur le territoire où il se trouve.<sup>1594</sup>

Le PAI a élargi la catégorie des individus pouvant recevoir le statut de prisonnier de guerre, en vertu de ses articles 43 et 44, et par la reconnaissance que les guerres de libération nationale puissent bénéficier du régime juridique des CAI. Le DIH commence progressivement à imposer des obligations à d'autres acteurs que les Etats, comme par exemple les organisations internationales, les forces des Nations Unies, d'autres entités non-étatiques comme les sociétés militaires privées, les rebelles en lutte, entre autres. Une tendance, perçue comme nécessaire au

---

<sup>1591</sup> Voir la jurisprudence du TPIY: *Procureur v. Dusko Tadic*, Affaire IT-94-1-A, Chambre d'appel, arrêt du 15 juillet 1999, §166 ; *Procureur v. Zlatko Aleksovski*, Affaire IT-95-14/1-A, Chambre d'appel, arrêt du 24 mars 2000, §§ 149 et suivants ; *Procureur Kunarac et consorts*, Affaire IT-96-23-T et IT-96-23/1-T, Chambre de première instance, jugement du 22 février 2001; la jurisprudence du TPIR : *Procureur v. Rutaganda*, ICTR-96-3-A, Chambre d'appel, du arrêt 26 mai 2003, §§ 556-585, *Procureur v. Semanza*, ICTR-97-20-A, Chambre d'appel, arrêt du 20 mai 2005, §§ 365-371; et article 8 du Statut de Rome.

<sup>1592</sup> *Procureur v. Furundzija*, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, jugement du 10 décembre 1998, N° IT-95-17/1-t, §§ 165-169 (viol) et *Procureur v. Galic*, Affaire IT-98-29-A, Chambre d'appel, arrêt du 30 novembre 2006, §§ 90-97 (terreur).

<sup>1593</sup> Article 4 CG IV.

<sup>1594</sup> *Affaire Procureur v. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo, Camp de Celebici*, IT-96-21-T, Chambre de première instance, jugement du 16 novembre 1998, § 259-274 ; *Procureur v. Tadic*, IT-94-1-A, Chambre d'appel, arrêt du 15 juillet 1999, §§ 162-169 ; *Procureur v. Zlatko Alekovski*, IT-95-14/1-A, Chambre d'appel, arrêt du 24 mars 2000, § 151 : le critère de l'allégeance est retenue dès l'affaire *Tadic*.

Voir le commentaire de la CG IV: « *Every person in enemy hands must have some status under international law: he is either a prisoner of war and, as such, covered by the Third Convention, a civilian covered by the Fourth GC, or again, a member of the medical personnel of the armed forces who is covered by the First Convention...Nobody in enemy hands can be outside the law.* », in UHLER, Oscar M., et al, (Eds.), *Geneva Convention relative to the Protection of Civilian persons in time of War*, Geneva, Geneva, Committee of the Red Cross, 1958, p. 51

regard de la diversification et de la multiplication des acteurs engagés dans les guerres, est apparue et a entraîné un agrandissement substantiel du champ d'application personnel. Il s'agit de réguler les agissements de tous belligérants impliqués, quelque soit leur nature ou leur statut. Finalement, l'on peut percevoir dans l'*Avis de la CIJ relatif au Mur en territoire palestinien occupé* dénote une réelle volonté d'assurer une applicabilité totale du droit humanitaire à tout territoire, dans ce cas un territoire sous le joug d'une occupation prolongée et à tout territoire dont le statut demeure controversé.

*« The obligations of an occupier of disputed territory both in international and internal armed conflict are comprehensive and will not diminish with time, even after almost forty years of occupation. »*<sup>1595</sup>

Le droit humanitaire est un droit réactif, dont le contenu s'étoffe parallèlement aux évolutions et aux innovations militaires. Les clauses relatives aux relations en matière de traités successifs visent à préserver le droit existant et à renforcer les protections offertes, ainsi que l'adapter aux aspirations de la société internationale.<sup>1596</sup> Les guerres ont mené à l'édiction de nouvelles règles et de nouveaux standards. Le droit humanitaire a donc connu un développement normal, mais sa portée a également été étendue par l'intermédiaire d'une interprétation extensive, sous-tendue par des considérations téléologiques et par le désir des acteurs de promouvoir leurs intérêts. Les cours pénales internationales ont joué un rôle fondamental dans cette extension : elles ont modifié certaines prémisses du droit humanitaire, par l'intermédiaire de leur lecture « personnelle » des règles. Les décisions et jugements rendus, fréquemment repris dans le discours doctrinal, sont considérés comme des sources autoritaires devant guider les interprétations du DIH.<sup>1597</sup> Les juges adaptent en quelque sorte des textes anciens aux nouvelles réalités, procédant à une lecture dynamique de ceux-ci. Leur rôle de quasi-créateurs du droit est d'autant plus important lorsque le traité semble anachronique ou qu'il y ait peu de chances de le réviser ou de l'amender. Cependant, même s'il demeure nécessaire de renforcer la protection des victimes, les interprétations doivent être basées sur des arguments juridiquement solides, et non sur les ambitions personnelles et les agendas des autorités qui se prononcent.

---

<sup>1595</sup> BREAU, Susan C., «The Humanitarian Law Implications of the Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory», in BREAU, Susan C., et al., (Eds.), *Testing the boundaries of international humanitarian law*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2006, p. 220

<sup>1596</sup> « Les parties contractantes ou accédantes, se réservent de s'entendre ultérieurement, toutes les fois qu'une proposition précise serait formulée en vue des perfectionnements à venir que la science pourrait apporter dans l'armement des troupes, afin de maintenir les principes qu'elles ont posés et de concilier les nécessités de la guerre avec les lois de l'humanité. », Déclaration de Saint-Pétersbourg, à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre., Saint-Pétersbourg, 11 décembre 1868, dernier paragraphe.

<sup>1597</sup> « They are treated as relevant articulations of the law. », DANNER, Allison Marston, «When Courts Make Law : How the International Criminal Tribunals recast the Laws of War», *Vanderbilt Law Review*, vol. 59, 2006, p. 49

L'augmentation de la sphère du DIH a été acceptée de manière favorable, même si certaines dissensions existent et persistent. Tout comme le *jus cogens*, les droits de l'homme indérogeables, et probablement l'article 103 de la *Charte des Nations Unies*, il est considéré que les limitations imposées par le DIH aux compétences et à la liberté des Etats sont légitimes et guidées par des intérêts supérieurs, mais un élargissement aveugle de la portée des règles risque de miner leur crédibilité et susciter l'opposition de certains acteurs. La tendance à octroyer une nature coutumière à quasiment toutes les règles de DIH a déjà provoqué de nombreuses réactions négatives.

#### **f. Le droit international humanitaire et la coutume**

En 1995, la Vingt-sixième Conférence de la Croix Rouge et du Croissant Rouge a mandaté l'organisation de préparer un rapport sur le droit international humanitaire coutumier. Alors que les CG sont ratifiées de manière quasi-universelle, ceci n'est pas le cas pour les PA, les conventions relatives aux armes et aux méthodes de guerre, ou encore *la Convention de La Haye de 1954*. Au vu de l'importance du droit coutumier pour le DIH, une étude monumentale fut publiée. Celle-ci comporte certains défauts, qui lui ont valu des critiques, parfois acerbes.

*« The Study contains several other flaws in the formulation of the rules and the commentary. Perhaps most important, the Study tends to oversimplify rules that are complex and nuanced. Thus, many rules are stated in a way that renders them overbroad or unconditional, even though State practice and treaty language on the issue reflect different, and sometimes substantially narrower, propositions. »*<sup>1598</sup>

Premièrement, le caractère coutumier des règles est principalement fondé sur un type de pratique limitée à des documents écrits, résolutions de l'Assemblée générale, lois et jurisprudence nationales, instructions aux forces armées et manuels militaires, dont beaucoup ont pour vocation de simplement faciliter la formation des soldats. L'Etude fait aussi découler la pratique de prises de position verbales émises par des officiels politiques ou militaires, qui sont le plus souvent guidées par des préoccupations extra-juridiques. Très peu d'attention est accordée à la pratique réelle des belligérants sur le champ de bataille, ni aux instances de pratique négative et encore moins au phénomène d'objecteur persistant. Les PA n'ont pas été ratifiés dans la même mesure que les CG et de nombreux Etats non-parties, notamment des grandes puissances militaires ou des « Etats particulièrement intéressés », n'ont pas expressément consenti au droit en la matière.<sup>1599</sup>

---

<sup>1598</sup> *Lettre de John Bellinger*, conseiller juridique du département d'Etat fédéral des Etats-Unis d'Amérique à Jakob Kellenberger, 3 novembre 2006, p. 4, disponible at

[http://www.defense.gov/home/pdf/Customary\\_International\\_Humanitarian\\_Law.pdf](http://www.defense.gov/home/pdf/Customary_International_Humanitarian_Law.pdf), consulté le 12 mai 2011

<sup>1599</sup> « *The Study simply does not consider whether, in principle, States not party to Additional Protocol I could qualify as persistent objectors to any supervening customary law arising from its provisions. Can States be expected to accept as customary that which they have rejected as a conventional obligation?* », in SCOBBIIE, Iain, « *The Approach to Customary International Law in the Study* », in WILMSHURST, Elizabeth, BREAU, Susan, (Eds.), *Perspectives on*

L'Etude s'intéresse également à la pratique émanant du CICR et d'autres organisations à but humanitaire, notamment aux rapports élaborés par les comités et les procédures spéciales dans le cadre onusien. Toutefois, aucun de ces documents ne constitue en tant que tels de la pratique étatique. Certes, il est difficile d'appréhender la pratique concrète sur le terrain, mais ceci n'est pas une raison valable pour l'ignorer.<sup>1600</sup>

« [The Study] focuses in statements to the exclusion of acts and relies only on a government's words, rather than deeds. Yet, war is the ultimate test of law. Government-authorized actions in war speak louder than peacetime government statements. »<sup>1601</sup>

Déjà en 1986, lors de l'affaire *Nicaragua*, la CIJ n'avait pas pris en considération la pratique des Etats, pour fonder le caractère coutumier des articles 1 et 3 des CG.<sup>1602</sup> La même observation peut être faite pour la détermination par le Tribunal spécial pour la Sierra Leone de la nature coutumière de la pénalisation du recrutement des enfants soldats.<sup>1603</sup> Les critères du droit coutumier sont assouplis, la pratique et *l'opinio juris* sont confondus, en raison d'une obsession d'étendre le champ d'application du DIH. Les bases morales de cet ensemble juridique permettent d'outrepasser les exigences normales de formation des règles coutumières.<sup>1604</sup> Le résultat produit

---

*the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, Chatham House, British Institute of International and Comparative Law, Cambridge University Press, 2007, p. 34. L'Etude ne fait référence qu'une seule fois à la doctrine de l'objecteur persistant en lien avec la règle 45, qui traite des moyens et méthodes de guerre pouvant causer des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel, ainsi que l'emploi de l'environnement comme une arme. Les Etats-Unis, la France et le Royaume-Uni sont considérés comme des objecteurs persistants relativement à cette règle. Etude, vol. I., p. 151, commentaire de la règle 45.

<sup>1600</sup> «Quand on s'efforce d'évaluer la pratique des Etats en vue d'établir l'existence d'une règle coutumière ou d'un principe général, il est difficile, pour ne pas dire impossible, de préciser le comportement effectif des troupes sur le terrain dans le but d'établir si elles respectent ou ignorent en fait certaines normes de conduite. Cet examen est considérablement compliqué par le fait que non seulement l'accès au théâtre des opérations militaires est normalement refusé aux observateurs indépendants (souvent même au CICR) mais aussi parce que les renseignements sur la conduite effective des hostilités sont dissimulés par les Parties au conflit ; pis encore, il est souvent recouru à la désinformation dans le but de tromper l'ennemi ainsi que l'opinion publique et les gouvernements étrangers. Lorsqu'on évalue la formation de règles coutumières ou de principes généraux, il convient par conséquent d'être conscient que, du fait du caractère intrinsèque de ce domaine, on doit s'appuyer essentiellement sur des éléments comme les déclarations officielles des Etats, les manuels militaires et les décisions judiciaires.», *Le Procureur v. Dusko Tadic, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*, Chambre d'appel, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Affaire IT-94-1, arrêt du 2 octobre 1995, § 99

<sup>1601</sup> PARKS, William Hays, « The ICRC Customary Law Study : A Preliminary Assessment », *Proceedings of the American Society of International Law*, vol. 99, 2005, p. 211

<sup>1602</sup> Les juges Ago et Jennings émettent des doutes sur les éléments apportés pour soutenir l'existence de la coutume : p. 184 de l'opinion séparée du juge Ago et p. 537 de l'opinion dissidente du juge Jennings, *affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Nicaragua vs. Etats-Unis d'Amérique, CIJ, Recueil C.I.J 1986, Fond, arrêt du 27 juin 1986. Theodor Meron souligna également que les jugements rendus à Nuremberg, notamment dans le *High Command Case*, ne se sont que peu préoccupés à prouver l'existence d'une pratique pour affirmer la valeur coutumière des dispositions du droit humanitaire en vigueur à l'époque. MERON, Theodor, « The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law », *American Journal of International Law*, vol. 90, 1996, p. 239

<sup>1603</sup> *Prosecutor v. Norman, Decision on Preliminary Motion based on lack of jurisdiction, Child Recruitment*, Appeal Chamber, SCSL, SCSL-2004-14-AR72(E), 31 May 2004, §§ 18-24. Voir l'opinion dissidente du juge Robertson, qui conteste la décision, soulignant le manque de pratique en matière de pénalisation du recrutement des enfants soldats au moment des faits.

<sup>1604</sup> Et, BIANCHI, Andrea, NAQVI, Yasmin, *International Humanitarian Law and Terrorism, ...*, p. 142: «Whenever general principles and customary rules reflect the laws of humanity, widespread and consistent practice would no

est le suivant : la quasi-totalité du droit des conflits armés devient coutume et par conséquent, s'applique de manière quasi-universelle. Des problèmes restent non-résolus: tous les acteurs n'ont pas la capacité institutionnelle et technique d'assurer le respect de toutes les obligations. Qu'en est-il alors de la responsabilité des organisations internationales en cas de violation, ou celles des sociétés militaires privées? Les sujets sont-ils tous liés par les mêmes obligations et possèdent-ils des droits identiques? Malgré ces controverses et ses multiples défauts, l'Etude a néanmoins eu un impact sur l'opinion publique et a été citée par certains rapports issus d'organismes officiels et d'ONG, ainsi que par des cours nationales.<sup>1605</sup> Elle aurait pu mener à un plus grand degré d'observation des règles, si elle avait été plus scrupuleuse et construite de façon plus conforme à la réalité des faits.

Les tribunaux pénaux internationaux ont eu également recours à la voie coutumière pour justifier leurs conclusions, s'appuyant d'ailleurs régulièrement sur l'Etude du CICR.<sup>1606</sup> Nous prendrons uniquement l'exemple des représailles belligérantes dirigées contre les civils. Le TPIY a reconnu la valeur coutumière de l'interdiction, codifiée à l'article 51§6 du PAI, mais cette conclusion ne fut étayée par aucune pratique étatique solide, bien qu'il soit vrai qu'aucun Etat, hormis l'Irak, n'a officiellement reconnu la licéité de ce type de représailles.<sup>1607</sup> Les représailles sont cependant autorisées par certains manuels militaires et ont été employées dans de nombreux conflits.<sup>1608</sup> La plupart des Etats ont formulé des réserves aux dispositions du PAI relatives à cette question et

---

*longer be required. Opinio juris expressed by states in their legal statements may in such cases suffice to prove the existence of general rules even in the absence of practice...»*

<sup>1605</sup> *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions*, Philip Alston, A/HRC/14/24/Add.6, 28 May 2010; *Report of the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, Mission to Lebanon and Israel*, September 2006, UN Doc. A/HRC/2/7, 2 October 2006, § 22; *Human Rights in Lebanon, Report of the Special Rapporteur Jean Ziegler on the right to food, Mission to Lebanon*, A/HRC/2/8, 29 September 2006, § 8; *Human Rights Situation in Palestine and other Occupied Territories, Combined Report of Special Rapporteurs*, UN Doc. A/HRC/10/22, 20 mars 2009, § 11, § 46, § 66, § 83 Israel Supreme Court: *Adalah and Others v. GOC Central Command, IDF and others*, HCJ 3799/02, 23 June 2005, §§ 20-24; *The Public Committee against Torture in Israel and others v. The Government of Israel and Others*, HCJ/769/02, 13 December 2006, § 23, §§ 29-34 et §§ 40-46. Ces affaires sont disponibles at <http://elyon1.court.gov.il/eng/home/index.html>, consulté le 17 avril 2011.

<sup>1606</sup> Par exemple, *Procureur v. Enver Hadzihanovic et Amir Kubura, Décision relative à l'appel interlocutoire conjoint interjeté par la défense contre la décision de la chambre de première instance relative aux demandes d'acquittement introduites en vertu de l'article 98 bis du règlement*, Chambre d'appel, Affaire IT-01-47-AR73.3, décision du 11 mars 2005, §§ 29-30. Voir à ce sujet, CRYER, Robert, « Of Custom, Treaties, Scholars and the Gavel: The Influence of the International Criminal Tribunals on the ICRC Customary Law Study », *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 11, 2006, pp. 255-256.

<sup>1607</sup> Voir TPIY : *Procureur v. Martić*, Examen de l'acte d'accusation, Affaire IT-95-11, 8 mars 1996, §§ 16-17; *Procureur v. Zoran Kupreskic and others*, Affaire IT-95-16-T, Chambre de première instance, jugement du 14 janvier 2000, §§ 527-533

<sup>1608</sup> Voir les manuels suivants: *Commander Handbook on the law of naval operations 2007*, USA, § 6.2.4 et *UK Manual on the Law of Armed Conflict*, 2004, § 16.19.1. Voir GREENWOOD, Christopher, « Belligerent Reprisals in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia », in FISCHER, Horst, KRESS, Claus, LÜDER, Sasha Rolf, (Eds.), *International and National Prosecution of Crimes under International Law*, Berlin, Berliner Wissenschaft- Verlag, 2004, pp. 550-556, et MERON, Theodor, « The Humanization of Humanitarian Law », *American Journal of International Law*,..., p. 250, pour une critique du jugement.

d'autres ont refusé de ratifier le texte en raison de l'inclusion de la prohibition, notamment les Etats-Unis, Israël, l'Iran, l'Inde ou encore le Pakistan. Notons, que l'étude du CICR ne reconnaît pas la nature coutumière de l'interdiction, admettant qu'il soit difficile de conclure que la règle énoncée à l'article 51§6 du PAI soit devenue du droit coutumier.<sup>1609</sup> Rien ne vient confirmer la nature coutumière des représailles dirigées contre les civils. Cette aisance à découvrir des normes coutumières en droit humanitaire fut expliquée par Frederic Kirgis comme un rééquilibrage entre le besoin de pratique et d'*opinio juris* : l'influence des considérations humanitaires abaisse l'exigence de pratique et renforce le poids de la conviction juridique. L'auteur octroie aux normes de DIH une normativité juridiquement supérieure, qui tend à rendre plus flexible le processus de formation coutumier.<sup>1610</sup> Comme si l'absence de pratique pouvait être compensée par une sorte de nécessité rationnelle ou morale, censée légitimer la valeur coutumière des règles désignées.

Le but visé par ce type d'argumentation est d'atteindre des objectifs spécifiques, dans le cas des tribunaux pénaux, la condamnation des suspects.<sup>1611</sup> Le Comité de la Croix-Rouge, en tant que garant des CG et des PA, se doit d'en assurer le respect et en étendre l'application au maximum. Il a, par conséquent, des incitations à formuler des règles favorables à ses activités. Chaque instance a ses propres stratégies pour arriver à ses fins. Accorder un statut coutumier à une norme de droit international signifie l'élever à un rang supérieur, car elle est désormais déliée de son carcan conventionnel. Cela permet également de réaffirmer son enracinement dans les valeurs collectives de la communauté internationale et ainsi, éventuellement l'autoriser à devenir une norme impérative. Ces stratégies ne sont que peu bénéfiques au droit international humanitaire, car, souvent, elles le dissocient de la réalité et le rendent donc inefficace et illégitime.<sup>1612</sup> Elever des

---

<sup>1609</sup> Etude, vol. I, p. 523. « *Because of existing contrary practice, albeit very limited, it is difficult to conclude that there has yet crystallized a customary rule specifically prohibiting reprisals against civilians during the conduct of hostilities. Nevertheless, it is also difficult to assert that a right to resort to such reprisals continues to exist on the strength of the practice of only a limited number of States, some of which is also ambiguous. Hence, there appears, at a minimum, to exist a trend in favour of prohibiting such reprisals. The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, in its review of the indictment in the Martić case in 1996 and in its judgement in the Kupreškić case in 2000, found that there was such a prohibition already in existence, based largely on the imperatives of humanity or public conscience. These are important indications, consistent with a substantial body of practice now condemning or outlawing such reprisals.* »

<sup>1610</sup> KIRGIS, Frederic L, « Custom on a Sliding Scale », *American Journal of International Law*, vol. 81, 1987, pp. 146-151. Antonio Cassese soutient le même point de vue: « *...when it comes to proof of the emergence of a principle or general rule reflecting the laws of humanity (or dictates of public conscience), as a result of the impact of the Martens Clause on international law, the requirement of usus may be less stringent than in other cases.* », CASSESE, Antonio, *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 162-163

<sup>1611</sup> « *Given the scarcity of practice, ...in reality, tribunals have been guided, and are likely to continue to be guided, by the degree of offensiveness of certain acts to human dignity; the more heinous the act, the more the tribunal will assume that it violates not only a moral principle of humanity, but also a positive norm of customary law.* », MERON, MERON, Theodor, « The Geneva Conventions as Customary Law », *American Journal of International Law*, vol. 81, 1987, p. 361

<sup>1612</sup> « *Plus que toute autre affaire dans l'histoire de la Cour, la procédure actuelle présente une tension titanique entre pratique des Etats et principe juridique. Il n'en est que plus important de ne pas confondre le droit international*

propositions ou des aspirations au statut de loi, sans prouver leur force juridique, ne sert assurément pas la cause et la légitimité du droit international.<sup>1613</sup>

« *The “ought” merges with the “is”, the lex ferenda with the lex lata. The teleological desire to solidify the humanizing content of humanitarian norms clearly affects the judicial attitudes underlying the legislative character of the judicial process.* »<sup>1614</sup>

Soutenir l'indérogeabilité du droit international humanitaire dans sa totalité constitue une utopie, qui ne fait que peu de sens. Adopter des règles absolues en la matière signifierait que tout acteur sait par avance, quelle violence est juste ou injuste, et ceci dans chaque situation. Le droit des conflits armés doit être appliqué selon les circonstances et s'adapter aux exigences de la guerre. Des principes et des standards indérogeables ne peuvent coexister avec des calculs et des appréciations stratégiques.<sup>1615</sup> Les conflits doivent être rendus plus humains par l'existence d'un ensemble de normes les réglementant, le droit étant un outil de contrainte et de rationalisation, mais rappelons que la guerre reste une activité non-rationnelle. Le droit humanitaire peut limiter la sauvagerie, mais ne peut en aucun cas, empêcher totalement les abus et les comportements « barbares ». Affirmer l'indérogeabilité de l'entièreté du corpus a pour objectif de consolider sa force contraignante et symbolique, en réitérant que les règles ont été créées pour des situations exceptionnelles et qu'elles forment un seuil minimal, au-delà duquel il ne faut pas tomber. Il s'agit également d'assurer la répression des violations : aucun acteur, étatique ou non-étatique, ne peut échapper à la mise en œuvre de sa responsabilité, s'il transgresse les prescriptions du DIH.

L'indérogeabilité est un rempart contre l'excuse de nécessité, au nom de laquelle *necessity knows no law*, maxime qui correspondait parfaitement au modèle ancien, qui dotait l'Etat d'un droit absolu à l'auto-préservation. L'Etat pouvait alors prendre toutes les mesures pour se défendre, indépendamment de leur licéité. Ceci a eu pour effet de rendre le droit international presque inutile, car totalement tributaire de la volonté de l'Etat à le respecter. En situation de guerre, cette liberté absolue a engendré des conséquences catastrophiques. L'indérogeabilité du droit

---

*que nous avons et le droit international dont nous avons besoin.* », Opinion dissidente du juge Schwebel dans *l'Avis consultatif de la CIJ sur les armes nucléaires*, p. 311. Et : « *The normative canonisation of propositions on the basis of restricted practice raises an obvious danger of the consolidation of norms whose implications have not been fully thought out or thought through.* », SCOBIE, Iain, « *The Approach to Customary International Law in the Study* », ..., pp. 28-29

<sup>1613</sup> Sur ce sujet, voir les conclusions de WILMSHURST, Elizabeth, in WILMSHURST, Elizabeth, BREAU, Susan, (Eds.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, Chatham House, British Institute of International and Comparative Law, Cambridge University Press, 2007, p. 406 et p. 41: « *Unsupported rhetoric about the existence of legal norms may cause the law to fall into disrepute with the result that there will be failure to observe such rules as there are.* » Et DINSTEIN, Yoram, « *The ICRC Customary International Humanitarian Law Study* », *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 36, 2006, pp. 1-15

<sup>1614</sup> MERON, Theodor, « *The Geneva Conventions as Customary Law* », ..., p. 361. Voir également TURNS, David, « *Weapons in the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law* », *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 11, N° 2, 2006, p. 202: « *The desire to develop the law can lead to the trap of conflating the lex lata and the lex ferenda- asserting custom without necessarily meeting the standards for proving its existence.* »

<sup>1615</sup> KENNEDY, David, *Of War and Law*, ..., p. 117

humanitaire joue une fonction essentielle d'encadrement et de conditionnement de l'autonomie des Etats. Ils ne peuvent unilatéralement ou par accord modifier les règles, auxquelles ils sont juridiquement soumis, car leurs intérêts et leurs besoins sont pris, ou supposés être pris, en considération. L'affirmation de la nature indérogeable du droit de la guerre laisse, à nouveau, entrevoir une tension entre deux modèles: une société internationale encore très attachée au subjectivisme des souverainetés et un système juridique constitué de règles dérogeables au gré des volontés sont confrontés à une tendance vers la mise en place d'un ordre basé sur des normes objectives, dont le caractère indérogeable est requis par une nécessité sociale suprême. Même s'il est accepté que le paradigme centré sur les Etats a laissé place à un système qui octroie un rôle à d'autres acteurs, le droit à la survie, que conserve toute entité étatique, a pour impact de ralentir le processus, lorsqu'il est appliqué au droit de la guerre.<sup>1616</sup> La solution est de formuler un droit international qui soit efficace et respecté, et par conséquent, il se doit d'intégrer les préoccupations égoïstes des sujets, tout en demeurant un droit qui garantit un degré de cohésion entre les valeurs collectives et reflète les aspirations communes.

Au terme de cette section centrée sur la protection de la dignité humaine, que celle-ci s'exerce en temps de paix ou de guerre, il peut être conclu que l'indérogeabilité remplit des fonctions réelles en droit international et que ces diverses fonctions se manifestent, certes à une puissance variable, aussi bien dans le domaine du *jus cogens*, des droits de l'homme, que du droit international humanitaire. Le dernier chapitre sera consacré au droit de la Charte des Nations Unies, instrument fondamental de l'ordre juridique international, qui, par l'intermédiaire de son article 103, implique une indérogeabilité particulière. Cette disposition unique donne, en effet, une primauté à la Charte sur toute obligation incompatible avec le respect des devoirs imposés par celle-ci. Cette expression de l'indérogeabilité, bien que différente de celles rencontrées jusqu'ici, partage-elle des points communs et des similitudes fonctionnelles avec les normes indérogeables analysées dans les autres piliers? La partie suivante tentera de répondre à cette interrogation.

\*\*\*

---

<sup>1616</sup> MACDOUGAL, Myres S., FELICIANO, Florentino P., « International Coercion and World Public Order: The general principles of the Law of War », *The Yale Law Journal*, vol. 67, n° 5, avril 1958, pp. 826-832



## **Chapitre IV. L'article 103 de la Charte des Nations Unies, un vecteur d'indérogeabilité**

### ***Introduction***

Les chapitres précédents ont montré que quelques normes de droit international se voient attacher le qualificatif d'indérogeable: normes indérogeables et impératives de droit international général dans le cas du *jus cogens*, droits de l'homme indérogeables, droit international humanitaire comme un ensemble juridique indérogeable. La présente partie abordera une autre facette du concept d'indérogeabilité, en tant que celui-ci est lié à un instrument de droit international, ou plus précisément un traité, à savoir la *Charte des Nations Unies* (ci-après CHONU). L'objectif est d'établir que sous l'effet d'une disposition spécifique, à savoir l'article 103, la Charte est considérée comme étant pourvue d'une valeur juridique, qui la distinguerait des autres traités de droit international.

Selon certains, la CHONU mettrait en place un ordre juridique assimilable à un véritable ordre public international.<sup>1617</sup> Une tendance encore plus ambitieuse tend à voir l'article 103 comme révélateur de la nature constitutionnelle de la Charte, au sens interniste du terme, en tant que document fondateur de la communauté internationale.<sup>1618</sup> L'article 103 deviendrait un vecteur d'indérogeabilité, qui ferait de la CHONU un instrument quasi-intouchable. Cette présomption est renforcée, si l'on tient compte que cette disposition fut le résultat de l'intention explicite des Etats, ayant conclu la Charte en 1945, d'octroyer à celle-ci des attributs de normativité renforcée, voire de supériorité. Il est vrai que l'article 103 est un bon exemple de l'acceptation expresse des Etats de limiter leur autonomie et d'accorder à un ensemble de normes une valeur spécifique au sein de l'ordre juridique international. Néanmoins, il semble souhaitable d'examiner si les effets, qui sont supposés être engendrés par l'article 103, relativement au statut de la Charte au sein du système, se

---

<sup>1617</sup> « (...) *has been taken to suggest that the aims and the purposes of the United Nations- maintenance of peace and security and promotion and protection of human rights- constitute an international public order to which other treaty regimes and the international organizations giving effect to them must conform.*», SHELTON, Dinah, «International Law and Relative Normativity», in EVANS, Malcolm D., *International Law*, 2<sup>nd</sup> Ed., Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 178

<sup>1618</sup> La **partie IV. B. 1. b.** reviendra sur la mouvance « constitutionnaliste », mais relevons ce passage de Bardo Fassbender : « (...) *the Charter is the supporting frame of all international law and, at the same time, the highest layer in a hierarchy of norms of international law...Article 103 of the Charter...can only be read to give the Charter the priority over all conflicting obligations of states regardless of their formal sources. (...) Articles 2§6 and 103 of the Charter give a very strong hint of its constitutional character.* », FASSBENDER, Bardo, «The United Charter as Constitution of the International Community», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 16, 1998, pp. 585-586 and p. 594. Voir aussi: «*Article 103 is essential if the Charter is to be recognized as the constitution of the international community ,and if this recognition is to be respected in practice.*», BERNHARDT, Rudolf, «Article 103», in SIMMA, Bruno, MOSLER, Hermann, RANDOLZHOFER, Albrecht, TOMUSCHAT, Christian, WOLFRUM, Rüdiger, (Eds.), *The Charter of the United Nations, A Commentary*, 2<sup>nd</sup> Edition, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 1302

réalisent en pratique et si la Charte occupe réellement une position privilégiée dans la hiérarchie des normes.

L'article 103 se lit comme suit:

*« En cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront. »*<sup>1619</sup>

*A priori*, la disposition ne présente pas de problèmes particuliers, mais, comme l'a pertinemment souligné Michael Akehurst:

*« (...) the whole history of the United Nations has been a series of disputes about the correct interpretation of the Charter. »*<sup>1620</sup>

L'article 103 n'échappe pas à ce constat, de nombreuses controverses sont nées à son sujet, alors que l'intention initiale des rédacteurs de la CHONU était relativement claire. L'article 103 a été envisagé comme mécanisme devant résoudre les conflits pouvant survenir entre les obligations issues de la Charte et d'autres engagements internationaux à la charge des Etats. Toutefois, chacun des termes de la disposition a été l'objet de débats et de lectures divergentes, tout comme l'a été son champ d'application.<sup>1621</sup> Malgré la confusion et les multiples interprétations, il est indéniable que cet article possède un caractère unique et remplit un rôle fondamental au sein de l'ordre juridique international, en ce qu'il confère à la Charte un statut particulier. De plus, l'article 103 doit être considéré comme primordial, au regard du processus actuel de fragmentation que subit le droit international, aussi bien à l'échelle de la multiplication des conflits de normes issues de régimes différents, que des antagonismes nés entre les valeurs imprégnant ces derniers. La clause est alors érigée en rempart contre l'émiettement présumé de l'ordre juridique, un remède contre les dangers de dissolution, ainsi qu'un moyen d'assurer la préservation des valeurs universelles, telles que proclamées en 1945. Plus spécifiquement, l'article 103 constitue un outil efficace de mise en œuvre du système de sécurité collective, l'ONU ayant été créée, avec l'objectif majeur de maintenir la paix et la sécurité internationales. De là, la résurgence de la disposition dans le contexte des résolutions prises par le Conseil de sécurité dans le cadre de la lutte contre le terrorisme.

---

<sup>1619</sup> La version anglaise se lit comme suit: *« In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail. »*

<sup>1620</sup> AKEHURST, Michael, *A Modern Introduction to International Law*, London, Allen and Unwin, 1970, p. 202

<sup>1621</sup> *« This provision (...) is replete with a plethora of uncertainties, ranging from the root of its meaning, to points of interpretation. As a result, at present there is no agreement as to the precise scope and effects of Article 103... »*, KOLB, Robert, *« Does Article 103 of the Charter of the United Nations Apply only to Decisions or also to Authorizations Adopted by the Security Council? »*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 64, 2004, p. 21

Au vu de l'absence de consensus relativement à la portée et aux effets de la clause, ceci aussi bien dans la pratique que dans le discours doctrinal, il nous incombe de saisir quelle est la réelle signification de l'indérogeabilité véhiculée par l'article 103- indérogeabilité spécifique, car censée concerner un traité international dans sa totalité- ainsi que les fonctions assumées par celle-ci. L'impression première est que la tendance dominante désire octroyer à l'article 103 des fonctions qui dépassent sa vocation de départ et le percevoir comme une sorte de panacée à tous les maux, par l'imposition du droit de la Charte à l'ensemble de la communauté internationale. L'utilisation qui a été faite de cet article par les juridictions nationales et internationales consolide cette observation, même si certains tournants jurisprudentiels commencent à remettre en cause cette approche. Cette vision « impérialiste » semble devoir être nuancée, ce qui n'enlève rien à la pertinence de l'article 103 au regard de ce travail. En effet, celui-ci est un vecteur d'indérogeabilité qui, *a priori*, semble distincte de celle examinée précédemment.

Avec l'objectif d'appréhender quelles fonctions sont jouées par la Charte comme instrument prétendument indérogeable, en raison de l'inclusion en son sein de l'article 103, nous nous devons dans un premier temps de procéder à une brève analyse de cette disposition, tant au niveau de son historique, des termes employés, que de son usage dans d'autres instruments et textes internationaux. Notons que la littérature dévouée à l'article 103 s'est révélée être, jusqu'à aujourd'hui encore, extrêmement pauvre et fragmentée. **(Partie A.)** Ensuite, il faudra comprendre les raisons qui expliquent la volonté d'étendre les effets et la portée de l'article, tendance répandue lorsque l'on évoque l'indérogeabilité, et montrer les directions prises par cette extension, ainsi que les limites devant être imposées à celle-ci, notamment par un examen détaillé de la jurisprudence faisant mention de l'article 103. **(Partie B.)** Ceci permettra de discerner avec plus de netteté quelles sont les fonctions assumées par la clause et si elle est cantonnée au rôle de faiseuse de constitution ou si au contraire, elle implique d'autres dimensions. **(Partie C.)** La partie conclusive sera consacrée à l'indérogeabilité, telle que formulée en relation avec un instrument spécifique. La Charte est-elle dotée d'une forme d'indérogeabilité différente, ou est-ce que cette indérogeabilité partage des points et fonctions communs avec l'indérogeabilité telle qu'elle a été étudiée dans les deux premiers chapitres? **(Partie D.)** S'agit-il d'une technique juridique qui remplit des fonctions dans un contexte déterminé ou a-t-elle une signification autre, qui dépasse sa vocation originelle?

La *Charte des Nations Unies*, par l'effet de l'article 103, offre une opportunité de découvrir une nouvelle facette de l'indérogeabilité et des fonctions de celle-ci et, dans un même temps, permettra assurément d'éclaircir davantage ce concept, ce qui constitue, rappelons-le, l'objectif premier de ce travail.

## **A. L'Article 103: aperçu général**

Cette section introductive a pour ambition principale de retracer brièvement l'historique de l'article 103, définir sa portée et son champ d'application, ainsi que de souligner la place qu'il occupe dans l'ordre juridique international contemporain (1). Nous procéderons à un examen du langage de la disposition (2) et tenterons de mettre en exergue le fait que, malgré une apparente clarté au niveau des termes employés, l'article 103 a entraîné de nombreuses controverses interprétatives (3). Finalement, l'accent sera mis sur le caractère unique de l'article 103, ceci en comparaison avec d'autres clauses conventionnelles similaires, ainsi que sur sa présence et son inclusion dans d'autres instruments de droit international (4).

### **1. Ancêtre, travaux préparatoires et pertinence dans le système juridique international actuel**

#### **a. L'article 20 du Pacte de la Société des Nations**

##### *i. Aperçu de l'article 20*

« 1. Les Membres de la Société reconnaissent, chacun en ce qui le concerne, que le présent Pacte abroge toutes obligations ou ententes inter se incompatibles avec ses termes et s'engagent solennellement à n'en pas contracter à l'avenir de semblables.

2. Si avant son entrée dans la Société, un Membre a assumé des obligations incompatibles avec les termes du Pacte, il doit prendre des mesures immédiates pour se dégager de ces obligations.»<sup>1622</sup>

Tout comme la *Charte des Nations Unies*, le Pacte de la Société des Nations contenait une disposition organisant ses rapports avec les autres obligations internationales et régulant par avance les conflits normatifs potentiels pouvant survenir. Même si l'article 20 se différencie de l'article 103 à plusieurs égards, il reflète également l'intention explicite des Etats de limiter leur liberté de se lier juridiquement à l'avenir.<sup>1623</sup> Il représenterait également une exception au principe

---

<sup>1622</sup> Article 20, *Pacte de la Société des Nations*, signé à Versailles, le 28 juin 1919

<sup>1623</sup> Il est vrai que tout engagement futur en contradiction avec le Pacte est désormais interdit, mais les conséquences de la violation de cette obligation ne sont pas claires. De plus, pour ce qui est des traités conclus avant l'entrée en vigueur du Pacte, les Etats tiers ne se voient pas affectés. Pour ce qui est des traités conclus après l'entrée en vigueur du Pacte, les Etats tiers doivent être conscients qu'ils concluent un accord avec un ou plusieurs Etats à compétence réduite.

d'équivalence normative entre les normes de droit international, notamment au regard de son effet abrogatoire.

« *However, in cases in which the contracting parties attach particular significance to a treaty there is nothing to prevent them from placing that general principle of law beyond doubt by endowing the treaty with express attributes of superiority...It appears that Article 20 of the Covenant of the League constitutes an enactment of this character.* »<sup>1624</sup>

En plus d'être une règle de conflit de normes, certes dérogoire au droit international général en la matière, l'article 20 confère au Pacte de la SDN un caractère spécial. Ceci s'explique par sa substance qui diffère des autres conventions internationales, par sa nature unique, en tant que texte fondateur d'une organisation inédite, ainsi que par l'étendue de son champ d'application et par l'importance de son objet et de ses buts.<sup>1625</sup>

## *ii. Emplois pratiques*

L'article 20 n'a reçu que peu d'attention lors de la rédaction du Pacte et ne fut que rarement mentionné avant l'automne 1935, date à laquelle furent imposées des sanctions à l'Italie, lors du différend l'opposant à l'Ethiopie.<sup>1626</sup> Cette crise mena à la mise en place d'un sous-comité juridique (*Legal sub-committee of the Coordination Committee*), qui interpréta l'article comme établissant la primauté absolue du Pacte sur tout autre engagement des Membres, conclu avant ou après leur adhésion à la Société, et dans certaines circonstances, sur les accords conclus avec les Etats non-membres.<sup>1627</sup> Ces conclusions furent d'ailleurs reprises par la suite par certains Etats.<sup>1628</sup> L'article 20 a eu la possibilité de déployer ses effets principalement dans des contextes de crise, lorsque des sanctions furent temporairement appliquées à un Etat. En effet, il s'agit de

<sup>1624</sup> LAUTERPACHT, Hersch, «The Covenant as the „Higher Law“», *British Yearbook of International Law*, vol. 17, 1936, pp. 55-56

<sup>1625</sup> *Ibidem*, pp. 64-65

<sup>1626</sup> RAY, Jean, *Commentaire du Pacte de la Société des Nations selon la politique et la jurisprudence des organes de la Société*, Paris, Sirey, 1930, pp. 569-570

<sup>1627</sup> Pour un aperçu plus précis des conclusions du Comité, voir *Doc. General 1935, Coordination Committee 40 in Official Journal Special Supplement*, N° 145, pp. 21-26. Les sanctions décidées par la SDN entrèrent en conflit avec les avantages économiques concédés par les Membres à d'autres Membres, à l'Etat violateur ou à des Etats non-membres. Pour résumer, le Comité affirma qu'un Etat membre de la SDN ne saurait invoquer des clauses issues d'accords antérieurs pour ne pas respecter les sanctions économiques prises en vertu du Pacte contre l'Italie. Kopelmanas souligne que « *c'est uniquement de cette façon concrète que le principe de la supériorité du Pacte a pu trouver application dans la pratique de la Société.* », KOPELMANAS, Lazare, *L'Organisation des Nations Unies-L'Organisation constitutionnelle des Nations Unies, Fascicule I- Les Sources constitutionnelles de l'ONU*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1947, pp. 170-171

Voir aussi: JENKS, Wilfred, «The Conflict of Law-Making Treaties», *British Yearbook of International Law*, vol. 30, 1953, pp. 437-438: «*The cumulative effect of these conclusions was to establish the Covenant as higher law in relation to all matters bearing directly on breaches of the peace and action in restraint thereof.*»

<sup>1628</sup> Notamment par la Grande-Bretagne en janvier 1936 contre la Hongrie, qui refusa d'appliquer les sanctions contre l'Italie; par la Turquie en réponse à une plainte de l'Italie, selon laquelle la Turquie aurait violé, en appliquant les sanctions décidées par la SDN, un traité d'amitié liant les deux Etats. La Turquie répondit que son adhésion à la Société après la conclusion dudit Traité avait pour effet de subordonner tous les accords antérieurs au Pacte. *Times Newspaper*, 9 janvier 1936 et 4 février 1936.

l'occurrence la plus plausible que des obligations incombant aux Etats membres puissent entrer en conflit avec celles qu'ils ont assumées en vertu du Pacte. Comme il pourra être compris dans la suite du chapitre, ce constat se révèle être d'autant plus pertinent dans le cadre de l'article 103.<sup>1629</sup> Toutefois, notons que l'interprétation de l'article 20 donnée par le Comité fut plus une réaction à une situation d'urgence et un moyen efficace de régler les conflits potentiels, qu'une réelle analyse juridique de la disposition et de ses conséquences.<sup>1630</sup>

### *iii. Les spécificités de l'article 20 du Pacte*

Les articles 20 du Pacte et 103 de la Charte ont tous deux pour objectif de régler les conflits entre les obligations des Etats membres d'une organisation et les autres obligations incombant à ces derniers. Malgré cette similitude fonctionnelle, certaines spécificités de l'ancêtre inséré dans le Pacte de la SDN peuvent être soulevées. L'article 20 se réfère aux conflits entre les obligations du Pacte et les obligations assumées en vertu d'autres traités, ou de tout autre instrument. Il n'est donc pas limité au niveau de la source de l'obligation. Ensuite, la disposition contient deux alinéas: le second, qui concerne l'obligation pour les Etats de se délier de toutes les obligations contrares contractées avant l'entrée en vigueur du Pacte, n'a en effet pas d'équivalent dans la Charte.<sup>1631</sup> La caractéristique la plus frappante de la clause est que celle-ci mène à l'abrogation de toutes les obligations et ententes incompatibles: la mention expresse des conséquences juridiques devant résulter de l'article 20 a mené la doctrine à conclure sans hésitation à la supériorité juridique du Pacte.<sup>1632</sup> Il est vrai que la nullité, issue de l'abrogation, est souvent attachée à l'existence d'une hiérarchie normative: il est logique de conclure à la prééminence normative du Pacte de la SDN: *«Le Pacte de la Société des Nations contenait déjà une disposition donnant à entendre que le Pacte lui-même était une loi supérieure aux autres obligations internationales.»*<sup>1633</sup> Un tel constat ne peut être admis pour la *Charte des Nations Unies*, l'article 103 ne précisant pas ses effets sur les obligations juridiques contrares. Finalement, l'article 20 stipule l'illicéité de contracter à l'avenir

---

<sup>1629</sup> Voir *infra* parties IV. A. 1. c. et B. 1. a.

<sup>1630</sup> « (...) *The answers were conceived not as a product of academic deliberation concerned with putting both sides of the difficulty, but as an aid to urgent action of unprecedented significance.* », LAUTERPACHT, Hersch, «The Covenant as the „Higher Law“», ..., p. 57

<sup>1631</sup> Hans Kelsen rapporta que le Comité de rédaction de la Charte avait considéré qu'il n'était pas nécessaire de l'exprimer dans la Charte, tant cette exigence était évidente. De plus, cet alinéa reprenait l'obligation issue de l'article 2§2 de la Charte, en vertu duquel, les Etats doivent respecter, de bonne foi, les obligations issues de la Charte. KELSEN, Hans, *The Law of the United Nations, A Critical Analysis of its Fundamental Problems, with supplements*, 2<sup>nd</sup> Ed., New Jersey, Lawbook Exchange, 2001, p. 115

<sup>1632</sup> Voir, LAUTERPACHT, Hersch, «The Covenant as the „Higher Law“»...; CADOUX, Charles, «La supériorité du droit des Nations Unies sur le droit des Etats membres», *Revue Générale de Droit International*, vol. 63, N° 4, 1959, p. 658 ; ROUSSEAU, Charles, *Principes généraux de droit international public*, Paris, Pedone, 1944, pp. 355-356 ; JENKS, Wilfred, «The Conflict of Law-Making Treaties»,..., p. 437

<sup>1633</sup> *Fragmentation du Droit International. Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, Rapport du Groupe d'Etude de la Commission du droit international, établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi*, cinquante-huitième session, mai-août 2006, A/CN.4/L.682, 13 avril 2006, p. 183, § 328

des engagements incompatibles, ce qui constitue une dérogation claire à la règle *lex posterior* et une restriction à la liberté contractuelle des Etats. L'article 103 reste quant à lui silencieux sur le sujet. Même s'il fut accepté que l'article 20 ne devait pas affecter les Etats tiers et concernait uniquement les Etats membres de la SDN, il constituait néanmoins une solution de fond, qui s'appliquait à tous les types de conflits normatifs et qui définissait précisément quelles étaient ses conséquences juridiques sur les engagements antérieurement contractés incompatibles avec le Pacte. On peut conclure que l'article 20, règle de conflit et règle hiérarchique, était bien plus précise et sévère que l'article 103, mais il reste que ses applications concrètes et son utilité pratique ont été des plus limitées. Par conséquent:

*« Conscients de la faiblesse inhérente aux réglementations abstraites et rigides, les auteurs de l'article 103 se sont bornés à une formule simple mais susceptible de fournir un principe pour la solution de cas concrets. Devant l'impossibilité pratique d'instaurer un système efficace de contrôle de la compatibilité des traités et des dispositions de la Charte, mieux valait en effet s'en tenir à une formule souple qui ne diminuait en rien l'autorité de la Charte. »*<sup>1634</sup>

## **b. Les travaux préparatoires de la Charte des Nations Unies**

Les travaux préparatoires de la Charte peuvent constituer une aide précieuse, en tant que moyen complémentaire d'interprétation,<sup>1635</sup> afin de confirmer ou d'infirmer les diverses lectures qui ont été faites de l'article 103. Il ressort des discussions et des débats, ayant mené à l'adoption de la CHONU, que l'article 103 n'a reçu que peu d'intérêt et fut accepté de manière relativement aisée.<sup>1636</sup>

### *i. Un accord général sur le principe*

Les Etats ayant participé à la conférence de San Francisco s'étaient d'ores et déjà mis d'accord, quant au fait que les obligations prévues par la Charte primeraient sur les autres engagements conventionnels des Etats membres. Hormis quelques désaccords mineurs sur la formulation, le texte de l'article 103 fut adopté à l'unanimité.<sup>1637</sup> Les travaux préparatoires se sont révélés être une aide limitée pour l'interprétation de la disposition. Excepté une proposition faite, selon laquelle tous les autres engagements, y compris ceux issus du droit international coutumier, devaient être subordonnés à la Charte, très peu de voix dissidentes s'élevèrent.<sup>1638</sup> Relevons que rien n'est

---

<sup>1634</sup> CADOUX, Charles, «La supériorité du droit des Nations Unies sur le droit des Etats membres...», p. 658

<sup>1635</sup> Article 32 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*.

<sup>1636</sup> Notons à titre préliminaire que si l'article 103 se trouve placé dans le Chapitre XVI de la Charte, « Dispositions diverses », ceci peut être expliqué par la rédaction tardive de ce dernier et par l'absence d'un autre chapitre approprié. Il ne s'agit que du reflet de la numérotation établie dans l'ordre des discussions par le Comité de Coordination.

<sup>1637</sup> L'article 103 fut adopté à l'unanimité, moins une voix par le Comité IV/2, puis à l'unanimité par la 4<sup>ème</sup> Commission et de même par la Conférence en séance plénière.

<sup>1638</sup> Cette proposition ne fut finalement pas retenue, on y préféra une formulation large. Le Président du Comité IV/2 constata que cette formulation allait bien au-delà de la pensée du Comité et aurait entraîné une modification de fond de l'esprit de l'article. BERNHARDT, Rudolf, «Article 103»,..., p. 1293

expressément dit sur les conséquences juridiques de cette préséance sur les accords incompatibles entre les membres, et entre membres et non-membres: deviennent-ils nuls, ou sont-ils seulement suspendus? Un non-membre peut-il engager la responsabilité d'un Etat membre pour le non-respect de ses obligations issues d'un accord qu'ils ont conclu et peut-il obtenir réparation, alors que l'Etat ne fait que remplir ses obligations onusiennes?<sup>1639</sup> Le comité chargé d'étudier les questions juridiques (Comité IV/2) souligna uniquement que l'exécution des obligations des membres issues de la Charte ne devait pas être entravée par les obligations assumées envers les tiers, ceci ne remettant pas en cause le principe *res inter alios acta*, d'où un texte qui ne vise pas uniquement les obligations entre membres, mais exclut clairement les accords entre non-membres.<sup>1640</sup>

## ii. Une intention limpide des rédacteurs

Durant l'élaboration de la Charte, il fut avancé que l'inclusion de l'article 103 n'était pas nécessaire, vu que l'article 2§2 de la Charte contenait déjà une obligation générale pour les Etats membres de respecter cette dernière, et par extension, limitait la capacité contractuelle des Etats de conclure des accords incompatibles avec la Charte.<sup>1641</sup> En outre, la délégation australienne s'opposa initialement à l'insertion de la disposition, car elle considérait que cette question pouvait être réglée par les règles existantes de droit international général.<sup>1642</sup> La volonté d'inclure une disposition expresse, dans le but d'éviter les controverses interprétatives, s'imposa, mais il fut toutefois considéré que l'article 2§2 impliquait *ipso facto* que les Etats membres ne devraient, à l'avenir, pas contracter des engagements incompatibles. A San Francisco, au sein du comité juridique, il fut finalement reconnu comme:

---

Certaines délégations désiraient également une formulation plus énergique du principe de la supériorité de la Charte sur les traités entre Etats membres, comme par exemple le Venezuela, qui demanda la consécration expresse de la supériorité constitutionnelle de la Charte. KOPELMANAS, Lazare, *L'Organisation des Nations Unies-L'Organisation constitutionnelle des Nations Unies...*, p. 168

<sup>1639</sup> Nous reviendrons sur ce point, mais soulignons que la question fut discutée au sein du *Collective Measures Committee for Strengthening the UN system of Collective Security* établi par l'Assemblée générale par sa Résolution 377 (V), le 3 novembre 1950

<sup>1640</sup> *Report of the Rapporteur of Committee IV/2 of San Francisco*, UNCIO, Doc. 933 IV/2/42 (2), p. 6: «*The Committee is fully aware that as a matter of international law it is not ordinarily possible to provide in any convention for rules binding on third parties. On the other hand, it is of highest importance for the Organisation that the performance of the members' obligations under the Charter...should not be hindered by obligations which they have assumed to non-members States.*»

<sup>1641</sup> Article 2§2: «*Les Membres de l'Organisation, afin d'assurer à tous la jouissance des droits et avantages résultant de leur qualité de Membre, doivent remplir de bonne foi les obligations qu'ils ont assumées aux termes de la présente Charte.*»

Notons que l'article 103 a été réaffirmé dans la Résolution 2625 de l'Assemblée générale, *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies*, à son para. 4, sous le principe 7 relatif au principe de bonne foi.

<sup>1642</sup> *12<sup>th</sup> Meeting of the Committee IV/2*, UNCIO, Doc. 873, IV/2/37 (1), p. 2

« (...) necessary to incorporate a provision regarding inconsistency between the obligations of the members under other treaties and under the Charter itself, if only because the omission of such provision could give rise to inaccurate interpretation (...) [and] evident the rule according to which all previous obligations inconsistent with the terms of the Charter should be superseded by the latter. However, it was thought inadvisable to provide for the automatic abrogation by the Charter of obligations inconsistent with the terms thereof. »<sup>1643</sup>

L'intention initiale des rédacteurs était parfaitement limpide: l'article 103 exige des Etats parties à un accord qui dévie de la Charte de prendre les mesures adéquates pour résoudre le conflit en faveur de celle-ci. Il ne s'agissait que d'un outil juridique mis en place pour assurer la primauté des obligations issues de la Charte, en cas de conflit avec d'autres obligations conventionnelles, au sein d'un système où le principe d'équivalence normative est la règle. L'objectif était donc d'assurer l'effectivité de la Charte, en évitant de prendre des mesures trop radicales et d'engendrer les « perturbations inutiles qui en résulteraient » au niveau des rapports interétatiques.<sup>1644</sup>

L'article 103 fut envisagé comme une règle de conflit de lois, dérogoire aux règles de droit international général en la matière, tenant pour acquis l'absence d'un système centralisé de contrôle et de sanctions. De plus, le texte de l'article 103 paraît indiquer que les obligations de la Charte priment uniquement sur les *accords* incompatibles, compris comme englobant exclusivement les instruments de type conventionnel. Le principe de priorité ainsi établi est, au premier abord, inapplicable aux normes issues de sources non-conventionnelles. En outre, la disposition ne semble n'avoir aucune incidence prédéfinie sur la validité des obligations contraires.<sup>1645</sup> Toutefois, l'inclusion expresse de l'article 103 dans la CHONU témoigne de la détermination des rédacteurs d'accorder à la *Charte des Nations Unies* un statut spécifique et de la distinguer des autres traités internationaux. Parallèlement à sa fonction technique, nous pourrions comprendre que cette disposition remplit des fonctions, tant d'ordre systémique et structurel, que symbolique et axiologique.

---

<sup>1643</sup> GOODRICH, Leland M., HAMBRO, Edvard, SIMONS, Anne-Patricia, «Article 103», in *Charter of the United Nations, Commentary and Documents*, 3<sup>rd</sup> and Revised Edition, Columbia University Press, New York/ London, 1969, p. 615, citant le *Summary Report of fourth meeting of Committee IV/2*, UNCIO, Doc. 270, IV/2/14, p. 1. Le Président du Comité IV/2 se prononça en ces termes : « (...) il convient simplement d'énoncer le principe en des termes qui tendent à donner aux obligations assumées en vertu de la Charte la primauté sur toutes les obligations contradictoires. » Cette option fut également choisie pour anticiper des cas de conflits entre des catégories d'obligations différentes. Le cas de sanctions décidées par le Conseil de sécurité fut d'ailleurs déjà clairement envisagé. *UNCIO*, Vol. XIII, p. 604

<sup>1644</sup> *Ibidem*, p. 672

<sup>1645</sup> « (...) les termes de l'article 103 indiquent manifestement que cet article pose le principe de primauté de la Charte et non celui de la non validité des traités incompatibles avec elle. », Rapporteur spécial Waldock, *ILC Yearbook*, 1964, vol. II, p. 35; Kopelmanas voit dans l'article 103 un abandon des grands principes abstraits de l'article 20 du Pacte de la SDN et une volonté claire d'assurer la priorité de la Charte, ainsi que d'éviter que d'autres obligations entravent le fonctionnement du système mis en place. KOPELMANAS, Lazare, *L'Organisation des Nations Unies-L'Organisation constitutionnelle des Nations Unies*, ..., pp. 169-170

### c. Un article de circonstances

L'article 103, tout comme l'article 20 du Pacte de la SDN, tend à prendre de l'importance lors de situations concrètes, lorsque les obligations assumées par les Etats en vertu de la Charte entrent en collision avec leurs autres engagements internationaux. C'est dans ces cas précis que la portée et le champ d'application de la disposition ont été interprétés et précisés. L'article 103 est destiné à jouer un rôle plus important dans les cas de conflits normatifs temporaires et exceptionnels, que dans des circonstances d'incompatibilité directe entre les dispositions d'un accord international et la Charte.<sup>1646</sup> Il est certain qu'il est peu probable que les Etats introduisent volontairement dans leurs traités des clauses qui pourraient aboutir à une contradiction intrinsèque ou occasionnelle avec les principes de l'Organisation. Cette politique sera assurément suivie par les Etats non-membres, qui éviteront de conclure des accords, dont l'efficacité juridique pourrait être remise en cause.<sup>1647</sup> Finalement, en raison de l'absence d'un organe compétent pour soulever les incompatibilités, l'article 103 ne trouve application que lorsque le conflit apparaît clairement. Ce caractère circonstancié permet à nouveau de percevoir que l'article 103 a été originellement conçu comme une technique juridique, remplissant des fonctions spécifiques dans un contexte donné.

#### *i. Le système de sécurité collective, Chapitre VII et le Conseil de sécurité*

A travers les lectures et par l'examen de la pratique, il s'ensuit que l'article 103 revêt une importance particulière, lors des résolutions prises par le Conseil de sécurité dans le cadre du Chapitre VII. Les obligations imposées par l'organe chargé du maintien de la paix et de la sécurité internationales aux Etats membres peuvent entrer en collision avec d'autres engagements internationaux contractés par ces derniers. Certes, les Etats ont l'obligation de respecter les décisions du Conseil, en vertu de l'article 25 de la Charte, l'article 103 visant également à

---

<sup>1646</sup> La doctrine fait la distinction entre conflits patents- résultant d'une incompatibilité directe et immédiate avec le texte de la Charte- et conflits latents, pouvant apparaître à l'occasion d'une confrontation entre les obligations d'un traité et une obligation dérivée de la Charte. Cette distinction, établie par Hersch Lauterpacht (*supra*, **note de bas de page 1624**) lors de son étude de l'article 20 du Pacte de la SDN, est totalement transposable à la Charte. Voir, TOUBLANC, Alix, « L'Article 103 et la valeur juridique de la *Charte des Nations Unies* », *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 108, N° 1-2, 2004, pp. 441-442 ; LIIVOJA, Rain, «The Scope of the Supremacy Clause of the United Nations Charter», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 57, July 2008, p. 593 («*intrinsic inconsistency vs. incidental inconsistency: Charter obligations would be in conflict with the other international agreement only to the extent, and for the time, that those sanctions were in force*»). La **partie IV. A. 2.** reviendra sur les notions d'obligation et de conflit.

<sup>1647</sup> « ...il se peut tout de même qu'un accord qu'en toute bonne foi ils [les Etats] considèrent comme compatible avec la Charte, porte en lui les germes d'une contradiction ultérieure. (...) Les clauses incompatibles seront certainement moins nombreuses dans les traités postérieurs à la Charte que dans ceux conclus avant la création de l'organisation, mais dans les deux hypothèses leur validité ne pourra être contestée tant qu'elle ne se heurtera pas ouvertement à l'application d'une disposition de la Charte. », KOPELMANAS, Lazare, *L'Organisation des Nations Unies- L'Organisation constitutionnelle des Nations Unies*, ..., pp. 182-183

réaffirmer la priorité de celles-ci. L'article 103 a pour objectif d'assurer l'efficacité des Nations Unies dans sa mission de maintien et de préservation de la paix.

« *Combined with Article 25, Article 103 means that the Council has the authority to make legally binding decisions with which States must comply in all circumstances. Article 103 has been ascribed as an essential feature of Chapter VII sanctions regimes, which would be ineffective if they did not override other international agreements.* »<sup>1648</sup>

L'article 103 a été invoqué à plusieurs reprises dans des affaires impliquant des résolutions contraignantes du Conseil de sécurité, notamment lors de l'affaire *Lockerbie*.<sup>1649</sup> La Résolution 748 (31 mars 1992) exigeait de la Lybie qu'elle extradé deux de ses nationaux accusés de l'attentat ayant mené à la destruction d'un avion au-dessus du tristement célèbre village écossais. La Lybie invoqua la *Convention de Montréal de 1971*,<sup>1650</sup> en vertu de laquelle elle n'était obligée d'extrader les suspects uniquement si elle ne les poursuivait pas au niveau domestique. Le Conseil de sécurité, par ses Résolutions 731 (21 janvier 1992) et 748, violait, selon les autorités libyennes, les droits de la Lybie issus de ladite convention, ainsi que certains de ses droits économiques et diplomatiques. Ce qui importe dans la perspective de ce travail, est que, dans ce cas, deux obligations internationales de la Lybie étaient en conflit; la Cour internationale de Justice conclut que les résolutions du Conseil bénéficiaient de la priorité et l'emportaient en conséquence sur les obligations et droits issus de la *Convention de Montréal*. La Cour prononça donc de manière à favoriser et faciliter l'exécution des mesures provisoires décidées par le Conseil.<sup>1651</sup>

Les travaux préparatoires de la Charte confirment la pertinence de l'article 103 dans le cadre du système de sécurité collective. Il fut déjà noté à San Francisco qu'un conflit peut survenir:

« *...because of intrinsic inconsistency between two categories of obligations or, as a result of the application of the provisions of the Charter under given circumstances, e.g., in the case of economic sanctions were applied against a state which derives benefits or advantages from previous agreements contrary to the said sanctions.* »<sup>1652</sup>

---

<sup>1648</sup> MATHESON, Michael, *Council Unbound: The Growth of UN Decision Making on Conflict and Postconflict Issues after the Cold War*, Washington, Institute of Peace Press, 2006, p. 34

<sup>1649</sup> *Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie*, Jamahiriya arabe libyenne vs. Etats-Unis d'Amérique/ Jamahiriya arabe libyenne vs. Royaume-Uni, demande en indication de mesures conservatoires, Cour internationale de Justice, ordonnance du 14 avril 1992

<sup>1650</sup> *Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile*, signée à Montréal le 23 septembre 1971 et entrée en vigueur le 26 janvier 1973, article 7.

<sup>1651</sup> « (...) *as Members of the United Nations...obliged to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with Article 25...prima facie this obligation extends to the decision contained in resolution 748 (1992)...in accordance with Article 103 of the Charter, the obligations of the Parties in that respect prevail over their obligations under any other international agreement, including the Montreal Convention.* », *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie*, Jamahiriya arabe libyenne vs. Etats-Unis d'Amérique/ Jamahiriya arabe libyenne vs. Royaume-Uni, demande en indication de mesures conservatoires, Cour internationale de Justice, Recueil CIJ 1992, ordonnance du 14 avril 1992, respectivement § 42 et §39.

<sup>1652</sup> *Report of the Rapporteur of Committee IV/2*, as approved by the Committee, Doc. 933, IV/2/42(2), 13 UNCIO, 703-712, p. 708

Il apparaît en effet comme peu probable que les Etats concluent un accord prévoyant une guerre d'agression, un génocide ou la suppression du droit à l'auto-détermination. Pour ce qui est d'un accord conclu entre des Etats parties avant l'entrée en vigueur de la Charte, celle-ci prévaut sur tout arrangement contraire, en vertu de la règle *lex posterior*.<sup>1653</sup> Dans ce cas, 103 n'a aucune pertinence. Relativement à un accord signé après que la Charte soit entrée en vigueur, et qui serait incompatible avec les termes de la Charte, cette question devrait être réglée par les articles 30§ 3 et §4 de la *CVDT*, en tant que reflet du droit coutumier, selon si toutes les parties ou seulement un certain nombre d'entre elles sont parties au traité postérieur. Néanmoins, les règles sur l'application de traités successifs sont soumises à la règle énoncée à l'article 103.<sup>1654</sup>

Un traité conclu après la Charte pourrait aussi correspondre à une modification ou un amendement de cette dernière. Notons que les amendements à la Charte, bien que permis, doivent respecter le droit international général des traités en la matière<sup>1655</sup> et la procédure instaurée par les articles 108 et 109 de la Charte, dispositions qui réduisent passablement l'opportunité de pouvoir l'amender. En conséquence, on peut affirmer que l'article 103 ne trouve généralement application qu'en cas de conflits occasionnels issus d'une incompatibilité entre les engagements internationaux des Etats et les décisions prises par les organes des Nations Unies et, plus spécialement, par le Conseil de sécurité.

*« [Article 103] was essentially meant to provide legal justification for the suspension of treaties decided on as "sanction" against members States. »*<sup>1656</sup>

L'incidence réelle de l'article 103 sur les obligations des Etats fut discutée pour la première fois devant la Commission des mesures collectives créée par l'Assemblée générale en application de sa Résolution 377 (V) datant du 3 novembre 1950. Il s'agissait de savoir si l'application par les Etats de mesures collectives adoptées par l'Assemblée ou le Conseil, dans le but de maintenir la paix, pouvait entraîner leur responsabilité internationale, dans le cas où cette application aboutirait à une violation de leurs obligations issues d'autres accords internationaux. La Commission se borna à rappeler *« qu'il importe que les Etats n'encourent pas de responsabilité juridique, à raison de traités ou autres engagements internationaux par le fait qu'ils appliquent des mesures collectives*

---

<sup>1653</sup> La *lex posterior* présuppose l'identité des parties aux traités. En cas de divergence, c'est la *lex prior* ou la *lex specialis* qui régit les relations entre les parties.

<sup>1654</sup> Article 30§1 de la *CVDT* : *« Sous réserve des dispositions de l'Article 103 de la Charte des Nations Unies, les droits et obligations des Etats parties à des traités successifs portant sur la même matière sont déterminés conformément aux paragraphes suivants. »* Voir *infra* **partie IV. A. 2. d.**

<sup>1655</sup> Voir les articles 39 à 41 de la *Convention de Vienne sur les droits des traités* du 23 mai 1969.

<sup>1656</sup> REUTER, Paul, *Introduction to the Law of Treaties*, 2<sup>nd</sup> Edition, Londres/New York, Kegan Paul International, 1995, p. 147

décidées par les Nations Unies». <sup>1657</sup> L'Organisation des Nations Unies constitue avant tout un système de sécurité collective, qui est, du reste, la seule fonction existante au sein de l'ordre onusien, qui soit centralisée et concentrée dans les mains d'un organe, qui possède, de plus, de larges prérogatives. <sup>1658</sup>

Relevons que l'article 103 fut invoqué dans quelques rares cas de conflits entre le texte même de la Charte et un accord international: par le Guatemala, soulevant une incompatibilité entre l'article 20 de la Charte de Bogota <sup>1659</sup> et les articles relatifs au mécanisme onusien de règlement pacifique des différends, <sup>1660</sup> ainsi qu'à trois autres reprises en lien avec l'incompatibilité entre des traités bilatéraux et la Charte. <sup>1661</sup> La disposition fut majoritairement citée dans le cadre de mesures contraignantes prises par le Conseil de sécurité, notamment à partir de la fin de la Guerre froide, période qui vit un prodigieux regain d'activité du Conseil. <sup>1662</sup> Ce dernier a multiplié les références,

---

<sup>1657</sup> *Répertoire de la pratique suivie par les organes des Nations Unies*, vol. 332. Orakhelashvili considère d'ailleurs que c'est la fonction première remplie par 103, à savoir, éviter que les Etats ne voient leur responsabilité internationale engagée, quand ils mettent en œuvre des mesures imposées par le Conseil de sécurité. ORAKHELASHVILI, Alexander, *Peremptory norms in international law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 622 p. 436. Jan Klabbers partage cet avis lorsqu'il dit: « (...) while the function of article 103 is often deemed to reside in part in facilitating the imposition of collective action, and that is typically linked, under Chapter VII of the Charter, to the maintenance of peace and security... » Il refuse néanmoins de limiter l'article 103 à un instrument de mise en œuvre des sanctions, tout en rejetant tout effet constitutionnalisant de 103. KLABBERS, Jan, « Bardo Fassbender, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Book Review », *International Organizations Law Review*, vol. 6, 2009, p. 671

Cette idée est réaffirmée dans un contexte totalement différent, mais démontre l'importance du principe: « § 8.1: *Article 103(...) requires compliance with the Charter, and therefore with the decisions of the Security Council, in the event of conflict between the latter and another international obligation. It therefore absolves States of responsibility for failure to fulfil a lower-ranking obligation (...)* Since under Article 103 of the Charter, Charter obligations prevail over any others, a State Member of the UN carrying out its obligations under the Charter cannot incur liability under the Covenant (on political and civil rights). », Nabil Sayadi and Patricia Vinck vs. Belgique, Communication N° 1472/2006, U.N. Doc. CCPR/C/89/D/1472/2006, Comité des droits de l'homme, 22 octobre 2008. « *The justification for this must be that the UN was established, or has become recognized, as having the competence to uphold and protect community norms, and can therefore direct a collection of States to take measures which would otherwise be unlawful. This partial constitutionalization would also suggest that non-members should comply with UN directives (...)* », WHITE, Nigel, ABASS, Ademola, « Countermeasures and Sanctions », in EVANS, Malcolm D., (Ed.), *International Law*, 2<sup>nd</sup> Edition, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 528

<sup>1658</sup> « *For them [realists] the UN Charter is not a constitution with checks and balances but, rather, a hierarchical collective security scheme with the Council at its apex.* », ALVAREZ, Jose E., « Judging the Security Council », *American Journal of International Law*, vol. 90, 1996, p. 2. L'auteur fait ici référence à Michael Reisman.

<sup>1659</sup> *Charte de Bogota instaurant l'Organisation des Etats Américains* adoptée le 30 avril 1948 et entrée en vigueur le 13 décembre 1951.

<sup>1660</sup> En 1954, à la suite de l'invasion d'une partie de son territoire par des forces rebelles financées par les Etats-Unis, le Guatemala saisit le Conseil de sécurité, mais ce dernier, en tant que membre de l'Organisation des Etats Américains, se trouvait tenu par certaines obligations issues de la Charte de Bogota, qui lui imposaient notamment de recourir aux procédures de règlement prévues par la Charte de Bogota, avant de porter le différend devant le Conseil de sécurité. La Charte de Bogota a d'ailleurs été amendée depuis. Les autorités invoquèrent l'article 103 pour affirmer la supériorité des obligations nées de la *Charte des Nations Unies*.

<sup>1661</sup> *Accord franco-britannique* de 1945, *Accord anglo-égyptien* de 1936, *Traités de protectorat franco-tunisien et franco-marocain*: il fut invoqué l'incompatibilité de ces traités avec la Charte, mais aucune décision ne fut prise en la matière.

<sup>1662</sup> Notons que la pratique antérieure aux années 1990 n'est pas exempte d'invocations de l'article 103. En 1948 déjà, dans le cadre des événements en Tchécoslovaquie discutés devant le Conseil de sécurité, la question fut posée relativement au conflit entre les obligations de certains membres des Nations Unies en vertu de la Charte et leurs

implicites ou explicites, à 103, dans le but de souligner l'autorité de ses décisions et ainsi, garantir l'efficacité des mesures prises en vue de maintenir la paix et la sécurité.<sup>1663</sup>

« Combined with article 25, this means that the Council has the authority to make legally binding decisions with which States must comply in all circumstances. »<sup>1664</sup>

*ii. Fragmentation et expansion du droit international: une multiplication potentielle des conflits normatifs*

L'article 103 est également revalorisé dans le contexte contemporain de fragmentation du système juridique international. L'émergence de nouveaux régimes juridiques répondant à de nouvelles préoccupations est un trait caractéristique de l'ordre juridique international des XX<sup>ème</sup> et XXI<sup>ème</sup> siècles. Comme le note Martti Koskeniemi dans son rapport sur le sujet, c'est « *Wilfred Jenks qui a défriché la question de la fragmentation il y a une cinquantaine d'années (en 1953)* ». <sup>1665</sup> Le juriste britannique souligna alors l'existence de deux phénomènes: premièrement, l'absence d'un organe législatif unique et centralisé au sein de la communauté internationale et, le fait que:

« Law-making treaties are tending to develop in a number of historical, functional and regional groups, which are separate from each other and whose mutual relationships are in some respect analogous to those separate systems of municipal law. »<sup>1666</sup>

Sans vouloir analyser le phénomène de fragmentation, qui mérite bien plus qu'un simple paragraphe au sein de ce travail, nous renvoyons le lecteur au rapport du Professeur Koskeniemi

---

obligations issues de la Procédure de Vote au sein du Conseil de sécurité. Il s'agissait de savoir si la Déclaration de San Francisco était ou non un accord international au sens de l'article 103. La Charte fut considérée comme prévalant sur les obligations issues de la Procédure, vue comme un accord conclu entre les membres permanents. Cuba invoqua l'article en 1960 lors de son différend avec les Etats-Unis, porté devant le Conseil de sécurité; en 1961, lors de la contestation de l'action de l'OEA à l'égard de la République dominicaine. L'article 103 fut également cité en 1964, lors des débats au sein du Conseil de sécurité sur Chypre relativement au *Traité de Garantie* conclu entre le Royaume-Uni, la Turquie et la Grèce, permettant un droit d'intervention militaire. La résolution du Conseil y fait d'ailleurs référence. (Résolution 186 du 4 mars 1964). L'article fut également discuté lors de la crise tchécoslovaque de 1968, relativement à la compatibilité entre le *Pacte de Varsovie* et la *Charte des Nations Unies*.

<sup>1663</sup> Voir la Résolution 670 du 25 septembre 1990 (Irak) : « *Rappelant les dispositions de l'Article 103 de la Charte, agissant en application du Chapitre VII de la Charte... Demande à tous les États de s'acquitter de leur obligation d'assurer l'application stricte et complète de la Résolution 661 (1990)...* » Et les Résolutions 713 du 25 septembre 1991 (Yougoslavie, et les suivantes : 724, 727, 743, 757, 787 et 820), 733 du 23 janvier 1992 (Somalie), 1173 du 12 juin 1998 (Angola), 1132 du 8 octobre 1997 (Sierre Leone), 788 du 19 novembre 1992 (Libéria), 1160 du 31 mars 1998 (embargo sur la RFY), 1267 du 15 octobre 1999 (Afghanistan), 1298 du 17 mai 2000 (Ethiopie-Erythrée), 748 du 31 mars 1992 (Lybie : § 7 « *Demande à tous les États, y compris aux États non membres de l'Organisation des Nations Unies, et à toutes les organisations internationales d'agir de façon strictement conforme aux dispositions de la présente résolution nonobstant l'existence de tous droits ou obligations conférés ou imposés par des accords internationaux.* ») Jean-Marc Thouvenin affirme que l'article a été surtout mentionné en tant que fondement juridique des décisions du Conseil de sécurité prises en vertu du Chapitre VII. THOUVENIN, Jean-Marc, « Article 103 », in COT, Jean-Pierre, PELLET, Alain, (sous la dir.), *La Charte des Nations Unies, Commentaire Article par Article*, vol. II, 3<sup>ème</sup> Edition, Economica, Paris, 2005, p. 2146

<sup>1664</sup> RATNER, Steven, « The Security Council and International Law », in MALONE, David, *The UN Security Council: From Cold War to the 21<sup>st</sup> Century*, Boulder, Lynne Rienner, 2004. Il ajoute, « (...) *this extraordinary power... gives the Council the ability to alter the international legal landscape instantaneously.* »

<sup>1665</sup> *Fragmentation du Droit International. Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, Rapport du Groupe d'Etude de la Commission du droit international, établi sous sa forme définitive par Martti Koskeniemi...*, § 5, p. 10

<sup>1666</sup> JENKS, Wilfred, « The Conflict of Law-Making Treaties », ..., pp. 404-403

sur la question.<sup>1667</sup> Ces cinquante dernières années, l'activité normative internationale s'est développée de manière exponentielle- d'où l'adoption de nombreux traités multilatéraux, bilatéraux, universels, régionaux et la prolifération de normes coutumières générales et régionales- et que la modernité internationale se caractérise par une « plus grande spécialisation des parties de la société et de leur autonomisation »; de là, l'apparition de régimes spéciaux, régulant des domaines spécifiques. Indéniablement, cette conquête par le droit international de nouveaux domaines et la multiplication d'institutions, d'organes de mise en œuvre et de juridictions dits spécialisés ont mené à l'émergence de conflits entre les normes et les régimes et entre des pratiques divergentes, qui ne peuvent être réglés de manière systématique, au vu du manque d'institutionnalisation de l'arène internationale.

Ces conflits normatifs ne sont pourtant pas nouveaux et ne sont pas des phénomènes endémiques au droit international. Comme le rappela Wilfred Jenks, ils sont le résultat inévitable de l'expansion du droit international et de la complexification de l'ordre juridique, ainsi que de l'absence d'une autorité législative centralisée.<sup>1668</sup> Toutefois, ces conflits sont en augmentation constante et il apparaît que les règles traditionnelles de résolution ne soient pas toujours efficaces. L'article 103, en tant que règle visant à réguler les conflits entre obligations contraires- en accordant la primauté au régime instauré par la Charte- est considéré comme un instrument nécessaire au maintien de la cohérence du système, face au risque de fragmentation, et à la

---

<sup>1667</sup> *Fragmentation du Droit International. Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, Rapport du Groupe d'Etude de la Commission du droit international, établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi...*, p. 11, § 7: « Cette croissance s'est accompagnée de régimes régulateurs plus ou moins formels qui ne partagent pas tous l'orientation de la diplomatie multilatérale en faveur du droit public. L'une des caractéristiques de la modernité internationale tardive réside dans ce que les sociologues appellent la «différenciation fonctionnelle», c'est-à-dire la spécialisation croissante de parties de la société et, partant, leur autonomisation. Ce phénomène se produit à l'échelle nationale comme à l'échelle internationale. Paradoxe bien connu de la normalisation, alors qu'elle s'est traduite par une uniformisation croissante de la vie sociale à travers le monde, elle a aussi entraîné une diversification croissante, c'est-à-dire l'émergence de domaines d'action sociale et de structures spécialisés et relativement autonomes. », et § 8: « La fragmentation de la société internationale a pris de l'importance au plan juridique d'autant qu'elle s'est accompagnée de l'apparition de règles ou d'ensembles de règles, d'institutions juridiques et de domaines de pratique juridique spécialisés et (relativement) autonomes. » Il cite comme domaines relevant du champ d'application des régimes spécialisés: le droit commercial, le droit de l'environnement, le droit de la mer, les droits régionaux, le droit international des droits de l'homme, le droit des réfugiés, le droit des investissements...chacun régi par ses propres principes et institutions et tendant à ignorer ce qui se passe dans les autres domaines du droit.

« There are an increasing number of international organizations, ranging from functionally or regionally specific entities created to address specialized transnational needs or goals, to broad multilateral organizations created to address more general or fundamental common tasks, with many variants in-between (...) There are significant overlaps in the jurisdiction of different actors and entities purport to exercise, and their powers are often not delineated so as to avoid conflict with others' jurisdiction or to prescribe how such conflict should be approached.», DE BURCA, Grainne, «The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi», Jean Monnet Working Paper 01/09, janvier 2009, [www.JeanMonnetProgram.org](http://www.JeanMonnetProgram.org), consulté le 4 mars 2010, pp. 8-9

<sup>1668</sup> Voir aussi Martti Koskenniemi: « (...) proliferation is either an unavoidable minor problem in a rapidly transforming international system, or event a rather positive demonstration of the responsiveness of legal imagination to social change. », KOSKENNIEMI, Martti, LEINO, Päivi, « Fragmentation in International Law? Post-Modern Anxieties », *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, 2002, p. 575

protection des valeurs et « *policies* » sous-tendant ce dernier.<sup>1669</sup> Il ne faut aucunement sous-estimer le besoin de déterminer dans certains cas des priorités entre des domaines de régulation, qui se sont développés séparément les uns des autres, et l'utilité d'agencer les relations entre les divers ordres juridiques, afin d'assurer une certaine harmonie; tout comme il est important d'interpréter les instruments internationaux à la lumière du contexte juridique prévalant à un moment donné, ce qui signifie, également en référence avec la Charte.<sup>1670</sup> Mais, le fait que « (...) *the possible fragmentation of international law makes some academics nervous* »<sup>1671</sup> ne doit pas mener à une application aveugle de l'article 103, dans le but de préserver une apparence de cohésion.<sup>1672</sup>

« *A system is a system by reason of its ability to unify a diversity of experience-it must be simultaneously homogeneous and heterogeneous, unified, but multipolar.* »<sup>1673</sup>

Il est décevant de constater que la jurisprudence récente des juridictions internationales et, dans une moindre mesure, des instances nationales, n'a pas réellement réussi à démêler les implications de l'article 103. Les arrêts et opinions rendus ont principalement concerné les conflits nés entre les obligations imposées aux Etats, en vertu de résolutions du Conseil de sécurité sur la base du Chapitre VII, et d'autres obligations issues de leurs engagements internationaux, notamment celles issues de la *Convention européenne des droits de l'homme* (ci-après *CEDH*) ou du *Pacte international relatif aux droits civils ou politiques* (ci-après *PIDCP*). L'article 103 a été le plus fréquemment employé pour justifier des décisions reposant sur des raisonnements juridiquement extrêmement faibles. Cette jurisprudence met en exergue la prudence des juridictions et des organes face à un possible contrôle sur la validité des résolutions du Conseil de sécurité. Dans le cadre européen par exemple, une réaffirmation constante de la primauté du régime onusien sur le droit communautaire s'est fondée sur l'article 103, ceci jusqu'à récemment.<sup>1674</sup> *La Charte des*

---

<sup>1669</sup> Voir *infra* **partie IV. C. 4.**

<sup>1670</sup> Article 31 de la CVDT: « 1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus:

a) Tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité;

b) Tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité. »

<sup>1671</sup> CANOR, Iris, «The European Courts and the Security Council: Between *Dédoublément Fonctionnel* and Balancing of Values: Three Replies to Pascal De Sena and Maria Chiara Vitucci», *European Journal of International Law*, vol. 20, N°3, 2009, p. 886

<sup>1672</sup> La Commission du droit international entreprit cette étude sur la question de la fragmentation, car selon elle : « *The absence of hierarchy, the study suggested, posed a threat to the credibility, reliability and consequently, authority of international law and should be further studied by the ILC, perhaps so as to agree to submit proposed conventions to the Commission in order to clear conflicts and overlaps.* », HAFNER, Gerhard, *Risks Ensuing from the Fragmentation of International Law, Report of the Working Group on Long-term Programme of the Work*, ILC (LII)/WG/LT/L.1/Add.1, 25 July 2000, § 26

<sup>1673</sup> CRAVEN, Mathew, « Unity, Diversity and the Fragmentation of International Law », *Finnish Yearbook of International Law*, vol. XIV, 2003, p. 12

<sup>1674</sup> Il peut être exclu de ce constat l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes, dans l'affaire *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation v. Conseil de l'Union européenne et Commission des*

Nations Unies a été adoptée en 1945, et même si les rédacteurs n'avaient assurément pas prévu l'explosion normative actuelle, les juridictions ne peuvent ignorer cette évolution et refuser de

---

*Communautés européennes* (ci-après *Kadi-Al Barakaat*), arrêt de la Grande Chambre du 3 septembre 2008, affaires jointes C-402/05 et C-415/05, tout comme l'arrêt du Tribunal des Communautés européennes, *Yassin Abdullah Kadi v. la Commission européenne*, Affaire T-85/09, arrêt du Tribunal, 30 septembre 2010 (ci-après *Kadi 2010*). Certes, la Cour a fait preuve de courage en renversant l'arrêt en première instance et en exigeant l'annulation de la réglementation contestée, mais aucune référence à l'article 103 n'a été faite. Ce qui démontre une volonté délibérée de la Cour d'éviter le sujet de manière frontale, et de ne pas aborder clairement les relations entre l'ordre juridique international et l'ordre communautaire. La **partie IV. B. 2. c.** reviendra sur ces affaires.

L'affaire *Bosphorus Hava Yollari Turzim ve Ticaret Anonim Sirketi vs. Irlande*, Cour européenne des droits de l'homme, Requête N° 45036/98, arrêt de la Grande Chambre Strasbourg du 30 juin 2005, avait elle aussi marqué une esquisse timide d'évolution. La Cour accepte de reconnaître sa compétence pour vérifier la conformité au regard de la *Convention européenne des droits de l'homme* d'une mesure nationale prise sur le fondement d'un règlement communautaire, mettant en œuvre le régime de sanctions contre la RFY établi par la Résolution 820 du Conseil de sécurité, qui exigeait des Etats de prendre des mesures d'ordre économique, contre les avoirs des individus en RFY ou contre des avoirs détenus par des compagnies contrôlées par des individus en RFY. Une régulation fut adoptée par la Communauté européenne pour donner effet à la résolution. Les plaignants alléguèrent une violation de l'article 1, du Protocole N°1 à la *CEDH*, affirmant le droit au respect de leurs biens. La Cour jugea que la restriction au droit était justifiée, mais refusa néanmoins de considérer que la résolution du CdS pouvait être la base de la saisie des biens. (§145)

« Celle-ci [la résolution du Conseil] n'est pas mise en cause : le juge européen évite de se pencher sur les effets de celle-ci pour ne se concentrer que sur l'échelon décisionnel Communauté européenne/État. Certes, comme l'indique l'arrêt, la résolution du Conseil des Nations-Unies en cause était pertinente pour l'interprétation du règlement communautaire comme cette résolution ne faisait pas partie du droit irlandais, elle ne pouvait constituer la base légale de la saisie de l'aéronef opérée par le ministre des Transports. Cet argumentaire ne convainc point. Il semble que le juge de Strasbourg esquivé le vrai problème. L'origine matérielle de la violation doit être décelée dans la résolution du Conseil de sécurité et non dans le règlement communautaire qui n'a fait qu'exécuter et tirer les conséquences des principes posés par le droit international. » La Cour évita un contrôle direct de compatibilité de la résolution avec l'article 1 du Protocole I de la *CEDH*, en avançant que la résolution ne faisait pas partie du droit irlandais, contrairement à la Régulation de la Communauté européenne (ci-après CE), devenue la seule base juridique de la saisie de l'aéronef. (§145) La Cour ne prêta que peu d'attention à l'origine du régime de sanctions: elle évite soigneusement de se prononcer sur la fait de savoir si les Etats parties sont liés par leurs obligations en vertu de la *CEDH*, lorsqu'ils mettent en œuvre des sanctions décidées par le Conseil de sécurité. L'article 103 n'est donc pas cité ici comme le fondement d'une potentielle hiérarchie entre la Charte et la *CEDH*.

KAUFF-GAZIN, Fabienne, *L'arrêt Bosphorus de la Cour européenne des droits de l'homme : quand le juge de Strasbourg pallie le retard du constituant de l'Union européenne en matière de protection des droits fondamentaux*, [http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id\\_article=2&id\\_rubrique=3](http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id_article=2&id_rubrique=3), consulté le 18 juin 2010. Dans cette affaire, la Cour adopta la méthode de « protection équivalente » pour éviter le conflit normatif : les résolutions du CdS peuvent mener à une limitation des droits de la *CEDH*, seulement si les Nations Unies offrent une protection similaire des droits de l'homme.

D'autres affaires, également hors cadre européen, citant l'article 103 ou y faisant une référence implicite, ont pour la plupart, mené à la réaffirmation de la primauté, directe ou indirecte, du droit de la Charte sur les autres obligations des Etats. Voir: *Affaire Nabil Sayadi and Patricia Vinck vs. Belgique*, Comité des droits de l'homme, Communication N° 1472/2006, CCPR/C/94/D/1472/2006, 22 octobre 2008, (ci-après *Sayadi*); *Affaire Behrami et Behrami vs. France et Saramati vs. France, Allemagne et Norvège*, Cour européenne des droits de l'homme, Requêtes 71412/01 et 78166/01, décision sur la recevabilité, 2 mai 2007, §§ 148-149 (ci-après *Behrami-Saramati*); *Affaire Ahmed Ali Yusuf and Al Barakaat International Foundation v. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, Affaire T-306/01, Tribunal de première instance des Communautés européennes, arrêt du 21 septembre 2005 (ci-après *Yusuf*); *Affaire Yassin Abdullah Kadi v. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, Affaire T-315/01, Tribunal de première instance des Communautés européennes, arrêt du 21 septembre 2005 (ci-après *Kadi*); *Affaire Hassan v. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, Affaire T-403/06, Tribunal de première instance des Communautés européennes, arrêt du 12 juillet 2006 (ci-après *Hassan*) et *Ayadi v. Conseil de l'Union européenne*, Affaire T-49/04, 12 juillet 2006 et *Affaire Ayadi v. Conseil de l'Union européenne*, Affaire T-49/04, Tribunal de première instance des Communautés européennes 12 juillet 2006 (ci-après *Ayadi*); *Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the Cause R (on the Application of Al-Jedda) (FC) (Appellant) vs. Secretary of State for Defence (Respondent)*, Appellate Committee, 2007, UKHL 58, 12 décembre 2007 (ci-après *Al-Jedda*).

prendre en considération les nouvelles priorités.<sup>1675</sup> La tendance fondamentalement saine de vouloir préserver une certaine stabilité au sein du système et garantir la mission de paix des Nations Unies ne doit en aucun cas faire du droit de la Charte un droit absolu, qui s'imposerait inconditionnellement sous l'effet de l'article 103. Le droit international a subi des transformations, mais il est évident que depuis toujours, tout un pan de celui-ci échappe à la tutelle de la Charte: le commerce mondial relève de la réglementation issue de l'ex-GATT et de l'OMC; le droit international privé est passablement indifférent au droit international général; le droit international des droits de l'homme s'est développé en dehors du cadre formel de la Charte. L'effet pratique de l'article 103 est par conséquent relativement faible dans ces domaines, qui tendent de plus en plus à affirmer leur autonomie. De là, la nécessité de repenser intelligemment la portée et les effets de l'article 103 et d'appréhender l'indérogeabilité de la Charte à la lumière de ces nouveaux développements.

### *iii. Terrorisme et obligations contradictoires*

La question du terrorisme s'insère également dans la problématique que qui a été soulevée *supra*, à savoir l'apparition de régimes juridiques pouvant entrer en collision avec l'ordre international. La menace terroriste a eu un impact considérable sur l'activité du Conseil de sécurité, qui s'est investi de la question dès les attaques du 11 septembre 2001, certaines résolutions et actions ayant déjà été prises avant cette date. En effet, celui-ci a adopté une série de résolutions en vertu du Chapitre VII, imposant de nouvelles obligations aux Etats.<sup>1676</sup> Ces résolutions, qui visent parfois directement des individus ou des groupes d'individus, ont été contestées en raison notamment du manque de contrôle sur leur validité et, parce qu'elles ont entraîné de sérieuses atteintes aux droits

---

<sup>1675</sup> « *The development of international law since 1945, the year the Charter was signed, has not stopped and shows an increasing attention for and recognition of fundamental rights, that cannot be ignored by the Court of Appeal. (...) It is implausible that article 103 of the Charter intends to impair the enforcement of such fundamental rights.* », *Case of the Association of Citizens Mothers of Srebrenica v. The State of Netherlands and the United Nations*, Appeal Court in the Hague, Case Number 200.022.151/01, Judgment 30 mars 2010, § 5.5. De plus: « *The Court of Appeal is of the opinion that this [article 103] was not intended to allow the Charter to just set aside like the fundamental rights recognized by international (customary law) or in international conventions.* »

Voir aussi, l'*affaire Rukundo*, Tribunal Fédéral de la Confédération helvétique, arrêt du 3 septembre 200: cette affaire impliquait une requête du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) concernant le transfert de Mr. Rukundo par la Suisse au TPIR. Le Tribunal Fédéral souligna qu'il ne tolérerait pas de procédures internationales qui ne garantissent pas les droits fondamentaux, tels qu'énoncés dans le *PIDCP* et la *CEDH*. De ce fait, il procéda à un contrôle indirect sur la licéité de la résolution du Conseil de sécurité, ayant mis en place le TPIR, lorsqu'il examina les mesures domestiques de mise en œuvre. De plus, le Tribunal consacra la suprématie des instruments en matière de droits de l'homme sur les résolutions du Conseil en cas de conflit. Le Tribunal conclut finalement que les procédures du TPIR devaient être présumées conformes aux standards internationaux en matière de droits de l'homme

<sup>1676</sup> Voir les Résolutions 1373 du 28 septembre 2001, 1540 du 28 avril 2004, 1566 du 8 octobre 2004. Pour une vue complète, voir <http://www.un.org/french/terrorism/sc-res.shtml>, consulté le 18 juin 2010.

fondamentaux des personnes.<sup>1677</sup> Il existe un besoin évident de coopération entre les Etats et l'ONU, afin de lutter contre le terrorisme, cependant la nécessité de trouver un équilibre entre les mesures prises et la protection des droits de l'homme a été rappelée à maintes reprises.<sup>1678</sup> A nouveau, l'article 103 ne doit pas constituer une carte blanche pour les Etats, relativement à la manière dont ils implémentent leurs obligations en la matière, ni une justification à la violation de leurs engagements au nom de la guerre contre la « terreur ».

De nombreuses affaires ont été portées devant les juridictions nationales, internationales, universelles ou régionales, concernant ces conflits survenant entre les résolutions du Conseil et les obligations des Etats en vertu d'autres instruments conventionnels. L'article 103 occupe une place importante dans cette jurisprudence: employé à bien mauvais escient, la disposition a été invoquée pour écarter les obligations gênant la mise en œuvre des résolutions du CdS et comme un moyen limitant la compétence des organes, internationaux et nationaux, saisis de se prononcer sur la validité des résolutions, même si certains ont osé exercer un contrôle indirect.<sup>1679</sup> L'objectif de maintien de la paix et de la sécurité entraîne des violations de normes internationales et l'ordre juridique onusien se trouve finalement en conflit avec d'autres systèmes et régimes. Les organes saisis se sont fréquemment pliés aux diktats de 103:<sup>1680</sup> les décisions du Conseil de sécurité furent perçues comme devant être mises en œuvre et bénéficier d'une priorité absolue d'application sur toute autre obligation, y compris en matière de droits de l'homme, exception faite du *jus*

---

<sup>1677</sup> En autres : entrave à la liberté de mouvement, violation du droit à la propriété due au gel des avoirs des présumés terroristes, violation du droit à la vie privée, notamment avec la mise en place de *blacklists*, atteintes à l'interdiction de la discrimination, au droit à un procès équitable, au droit à un recours effectif, au droit à la liberté et à la sûreté.

<sup>1678</sup> Voir entre autres le Rapport du Secrétaire général des Nations Unies, *Uniting against Terrorism Recommendations for a Global Counter-Terrorism Strategy*, UN. Doc. A/60/825, 27 avril 2006 et la Résolution de l'Assemblée générale, *The United Nations Global Counter-Terrorism Strategy*, A/RES/60/288 du 20 septembre 2006 et son plan d'action.

<sup>1679</sup> *Affaire Youssef Nada vs. Secrétariat d'Etat à l'Economie et le Département Fédéral de l'Economie*, arrêt du Tribunal fédéral du 14 novembre 2007, cas n° 1A.45/2007/daa; *Affaire Al-Jedda*; les *Affaires Ahmed Ali Yusuf*, arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes et *Yassin Abdullah Kadi*, arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes, et l'arrêt rendu dans les *affaires jointes Kadi-Al Barakaat* devant la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE). Voir aussi, *Yassin Abdullah Kadi v. la Commission européenne*, Affaire T-85/09, Tribunal des Communautés européennes, arrêt du Tribunal, 30 septembre 2010.

*Affaires Hassan vs. Conseil de l'Union européenne et la Commission européenne (C-399/06 P)* et *Chafiq Ayadi vs. Conseil de l'Union européenne (C-403/06 P)*, arrêt de la CJCE du 3 décembre 2009: là aussi, notons que la CJCE a renversé l'arrêt de première instance ; *Affaire Sayadi*, Comité des droits de l'homme, 22 octobre 2008. Certes, il y a eu un contrôle indirect sur l'action du Conseil de sécurité, mais aucune juridiction n'a osé se prononcer de manière frontale sur la licéité desdites résolutions. Les instances nationales ont exercé un réel contrôle, bien que toujours indirect, sur les mesures internes de mise en œuvre des décisions du CdS, voir *infra*, **IV. A. 3.**

<sup>1680</sup> Voir aussi, *supra* notes de bas de page 1674 et 1675.

*cogens*.<sup>1681</sup> Le régime établi par la *Charte des Nations Unies* se voit auréolé d'une préséance, en raison de la fondamentale de ses buts et objectifs.<sup>1682</sup>

Concluons cette section en soulignant que si l'article 103 intervient dans des situations complexes, il engendre une série de questions fondamentales. Il n'est pas certain que la clause puisse répondre efficacement à toutes les interrogations: quelles sont les relations juridiques qu'entretiennent les ordres juridiques entre eux? L'ordre mis en place par la Charte occupe-t-il le sommet de la hiérarchie ou les régimes spécialisés et régionaux doivent-ils imposer leur hiérarchie et leurs propres priorités? Ou s'agit-il simplement de rapports de complémentarité? Comment réconcilier des obligations internationales de nature et de sources différentes pouvant potentiellement entrer en conflit? Comment résoudre les conflits de compétence surgissant entre des organisations situées à diverses échelles?<sup>1683</sup>

La Charte, érigée en un instrument «indérogeable», créerait de ce fait des normes «indérogeables», qui prévalent sur toutes les autres obligations. De plus, l'article 103 ferait du Conseil de sécurité un organe tout-puissant, dont les décisions ne peuvent être remises en cause.<sup>1684</sup> Toutefois, comme observé, cela mène de plus en plus à des confrontations avec d'autres systèmes, pouvant posséder des objectifs et valeurs différents.<sup>1685</sup> L'article 103 intervient alors

---

<sup>1681</sup> « 35. *Emphasis has often been laid on the special character of the European Convention as a human rights instrument. But the reference in article 103 to "any other international agreement" leaves no room for any accepted category and such appears to be the consensus of learned opinion.* », Lord Bingham dans *Al-Jedda*.

<sup>1682</sup> Voir *affaire Behrami-Saramati* précédemment citée, (hors cadre du terrorisme) où la Cour européenne des droits de l'homme met l'accent sur ce point: la mission de paix de l'ONU prime et ne doit être entravée par aucune autre obligation; aussi *l'affaire Beric et autres vs. Bosnie-Herzégovine*, Cour européenne des droits de l'Homme, Requêtes 36357/04, 36360/04, 38346/04, 41705/04, 45190/04, 45578/04, 45579/04, 45580/04, 91/05, 97/05, 100/05, 101/05, 1121/05, 1123/05, 1125/05, 1129/05, 1132/05, 1133/05, 1169/05, 1172/05, 1175/05, 1177/05, 1180/05, 1185/05, 20793/05 and 25496/05, décision sur l'admissibilité, 16 octobre 2007 (ci-après *Beric*). Les deux affaires traitaient de cas de violations des droits fondamentaux commis sur le territoire du Kosovo, qui se trouvait alors sous administration internationale.

<sup>1683</sup> L'article 103 pose aussi la question des conflits institutionnels, car il ne permettrait pas aux Etats de créer une organisation internationale qui pourrait violer ou agir en contradiction avec leurs obligations issues de la Charte: « *Ils n'ont pu, par l'effet d'un acte passé entre eux, transférer à la Communauté plus de pouvoirs qu'ils n'en avaient ni se dégager par là des obligations existant à l'égard de pays tiers au titre de ladite charte (voir, par analogie, arrêt de la Cour du 12 décembre 1972, International Fruit Company e.a., 21/72 à 24/72, Rec. p. 1219, ci-après l'«arrêt International Fruit», point 11).* », *affaire Kadi*, TPI, 2005, § 195.

<sup>1684</sup> Rappelons qu'il est accepté depuis longtemps que le Conseil de sécurité n'est pas libre d'agir de manière totalement discrétionnaire. Il reste soumis au droit international et doit agir dans le cadre de son traité constitutif, à savoir la Charte. Voir: *Conditions de l'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies (article 4 de la Charte)*, Avis consultatif, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J 1948, 28 mai 1948, p. 64 et *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-ouest africain) nonobstant la Résolution 276 du Conseil de sécurité*, Avis consultatif, CIJ, Recueil C.I.J 1971, 21 juin 1971, §§ 50-52; *Procureur vs. Dusko Tadic*, Arrêt Relatif à l'Appel de la Défense concernant l'Exception Préjudicielle d'Incompétence, arrêt de la Chambre d'Appel, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Affaire IT-94-1-AR72, 2 octobre 1995, § 28; aussi, Opinion Dissidente du juge *ad hoc* Jennings dans *l'affaire Lockerbie*, Lybie vs. Royaume-Uni, arrêt du 27 février 1998, exceptions préliminaires, p. 110

<sup>1685</sup> DE BURCA, Grainne, «The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi»,..., pp. 5-6

comme la solution miracle, car il serait le vecteur de cette indérogeabilité spécifique. Cette approche extensive a entraîné des dérives et a, de ce fait, fait naître une large confusion dans l'emploi de la clause. On ne peut qu'acquiescer à cette remarque faite par Enzo Cannizzaro, qui tend sérieusement à remettre en cause la suprématie absolue de la Charte et par conséquent, douter de son indérogeabilité hégémonique, ainsi que du statut intouchable des décisions du Conseil:

*« However, insofar as Security Council resolutions do not provide for human protection at European standards, it does not seem reasonable to give them primacy for the constitutional structure of the Community legal order, which is based on the rule of law. The sacrifice of the European constitutional construction and human rights standards in the Community legal order does not seem a reasonable price for the sake of the Council resolutions. »*<sup>1686</sup>

L'article 103 n'a pas été pensé comme un outil visant à faciliter l'établissement d'une hiérarchie normative au sein de l'ordre juridique international, qui aurait à son sommet la *Charte des Nations Unies*. Il pourra être compris, par l'examen des termes de l'article, que malgré une certaine netteté dans le langage, la disposition a créé moult controverses interprétatives. Elle a été en effet manipulée, dans le but de lui donner une signification qui dépasse largement, voire même contrevient, l'intention initiale des rédacteurs de la Charte.

## **2. Les termes de l'article 103: une formulation concise et elliptique**

*« Indeed the straightforward nature of article 103 still leaves room for doctrinal puzzlement. »*<sup>1687</sup>

En analysant les termes de l'article, il sera démontré que l'article 103 permet une certaine liberté d'interprétation d'une part, en raison de la concision de sa formulation et d'autre part, par le fait que les rédacteurs n'aient pas pris en considération les effets potentiels de la disposition.

### **a. En cas de conflit**

Un conflit peut être perçu comme une situation d'antinomie, d'inconséquence, d'incompatibilité, qui naît de la coexistence de plusieurs engagements.<sup>1688</sup> Il faut distinguer entre la notion de conflit au sens strict- l'exécution de l'obligation juridique implique la violation d'une ou plusieurs autres obligations ou rend impossible leur exécution- et le conflit au sens large- l'obligation en question frustrer les buts d'un autre engagement.<sup>1689</sup> Notons, de plus, que même si la *Convention de Vienne*

---

<sup>1686</sup> CANNIZZARO, Enzo, «Machiavelli, The UN Security Council and the Rule of Law», *Global Law Working Paper 11/05*, Hauser Global Law School Program, 2005, p. 31

<sup>1687</sup> CANOR, Iris, «The European Courts and the Security Council: Between *Dédoublément Fonctionnel* and Balancing of Values: Three Replies to Pascal De Sena and Maria Chiara Vitucci», ..., p. 873

<sup>1688</sup> ROUCOUNAS, Emmanuel, «Engagements parallèles et contradictoires», *RCADI*, vol. 206, 1987, pp. 56-74

« *To come into collision, to clash, to be at variance, be incompatible* », *Oxford English Dictionary*, Oxford, Oxford University Press, 1989, p. 713.

<sup>1689</sup> Pour W. Jenks, le conflit naît lorsque « *simultaneous compliance with the obligations of different instruments is impossible* », qu'il distingue de la divergence qui « *may defect the object of one or other of the conflicting instruments, either by making one of them practically inoperative or by preventing the attainment of international uniformity.* », JENKS, Wilfred, «The Conflict of Law-Making Treaties»,..., p. 451. Soulignons que le conflit ne peut apparaître que

sur le droit des traités (CVDT) ne prévoit en apparence des règles de conflit que pour des traités portant sur une matière identique,<sup>1690</sup> il est certain que des instruments régulant des domaines apparemment différents peuvent également être incompatibles et que cette caractérisation n'affecte en rien l'existence ou non d'un conflit.<sup>1691</sup> Les conflits normatifs les plus probables vont apparaître entre des traités couvrant des domaines divers, par exemple, commerce et droits de l'homme ou commerce et environnement, qui peuvent se télescoper au niveau de leurs effets ou de leur étendue régulatrice. Dans ce cas, le conflit va naître, soit de la contradiction intrinsèque ou directe entre les termes d'un accord et une disposition de la Charte, soit le conflit sera créé par l'application des dispositions de la Charte, qui résultera la plupart du temps en une décision d'un organe qui pourra entrer en collision avec un engagement existant.<sup>1692</sup> Le conflit est issu de l'incompatibilité entre des normes, tant au niveau de leur énoncé, que de par leurs effets ou le résultat qu'elles exigent.

L'article 103 de la *Charte des Nations Unies* est rédigé en des termes tels, que la règle énoncée ne peut déployer ses effets qu'en cas de conflit effectivement né. La question de l'existence ou de la non-existence d'un conflit est centrale, car dans la majorité des cas, il n'existe pas de conflit. Un Etat peut être temporairement autorisé à violer, ou limiter, ses obligations en matière de protection des droits de l'homme, afin de mettre en œuvre une résolution du Conseil de sécurité. Mais en aucun cas, on ne peut présumer que ladite résolution exige de l'Etat qu'il enfreigne ses engagements, sans une mention expresse du CdS démontrant sa volonté de déroger au droit

---

si, au moins, une partie est liée par les divers engagements incompatibles. De plus, vu que l'ordre international ne possède pas d'organe centralisé, il faudra attendre qu'une partie soulève l'incompatibilité ou la violation de l'engagement contraire pour que le conflit normatif se concrétise.

<sup>1690</sup> Article 30 et article 59 pour les questions d'extinction ou de suspension du traité du fait de la conclusion d'un traité postérieur portant sur la même matière. Le cadre normatif de l'article 30 s'applique à certains cas spécifiques et les règles énoncées aux paragraphes 3, 4 et 5 ont un caractère résiduel. De nombreux conflits sont résolus par la présence de dispositions spécifiques ou par référence à d'autres principes d'interprétation des traités, qui ne sont pas inclus dans la CVDT, comme la *lex specialis*. SINCLAIR, Ian McTaggart, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester, Manchester University Press, Dobbs Ferry NY, Oceana, 1973, p. 97

Anthony Aust soutient que le langage de l'article 30 de la CVDT n'est pas sans ambiguïté, mais doit être construit strictement, de manière à ne pas s'appliquer lorsqu'un accord à caractère général affecte une disposition spécifique d'un traité antérieur. AUST, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 2007, p. 229. Il est reconnu que l'article 30 «*may not be sufficient to address all the problems arising with respect to the priority of application of a particular treaty.* », UN Office of Legal Affairs, *Final Clauses of Multilateral Treaties: Handbook*, 85, 2003, <http://treaties.un.org/doc/source/publications/FC/English.pdf>, p. 86

<sup>1691</sup> « (...) *the requirement that the instruments must relate to the same subject-matter seems to raise extremely difficult problems in theory, but may turn out not to be so very difficult in practice. If an attempted simultaneous application of two rules to one set of facts or actions leads to incompatible results it can safely be assumed that the test of sameness is satisfied.* », VIERDAG, Egbert Willem, «The time of the conclusion of a multilateral treaty: Article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and related provisions», *British Yearbook of International Law*, vol. 59, 1988, p. 100.

<sup>1692</sup> Sur la différence entre conflit intrinsèque et conflit occasionnel, voir *supra* **note de bas de page 1646**.

« [La nature du conflit n'a pas été déterminée,] mais il suffit pour qu'il existe, d'un conflit qui naîtra de la mise en exécution d'une obligation de la Charte. Peu importe que le conflit naisse d'une incompatibilité intrinsèque entre les deux catégories d'obligations ou de l'application de la Charte dans des circonstances déterminées. », *Rapport du Rapporteur du Comité IV/2*, doc. 933, IV/2/42 (2), Doc. XIII, p. 716

international. Il est fréquent que l'Etat dispose d'une marge de manœuvre quant à la manière dont il doit interpréter et exécuter ses obligations et il est rarement contraint de transgresser le droit international pour ce faire. De plus, le conflit apparaît majoritairement entre des obligations issues de la Charte - le devoir de maintenir la paix - en conflit avec les obligations en matière de droits de l'homme - qu'entre des engagements issus d'instruments différents. L'article 103 intervient alors comme une excuse aux violations et un principe qui règle d'emblée les conflits potentiels. Les instances préfèrent trancher le conflit sur la base de la disposition, au lieu d'entreprendre un exercice plus complexe de pesée des intérêts en cause ou de tenter d'interpréter les obligations de manière à les rendre compatibles. Ce genre de « non-conflits » ne devrait pas entrer dans le champ d'application de 103, car l'existence d'une incompatibilité constitue le pré-requis qui déclenche l'application de la clause. Il est fondamental d'adopter une définition étroite de la notion de conflit dans l'étude de l'article 103. Le terme signifie qu'il existe deux obligations à la charge d'un sujet, dont l'application concurrente est impossible, ou que la mise en œuvre d'une obligation frustre irrémédiablement les objectifs visés par l'autre engagement. Il ne s'agit donc pas d'un simple « *policies-conflict* » ou d'une divergence entre des valeurs opposées.<sup>1693</sup>

Il semble opportun à ce stade de soulever une question cruciale. Il a tout juste été mentionné que le conflit apparaît souvent entre les obligations des Etats en matière de droits de l'homme et leur obligation de respecter les résolutions du Conseil de sécurité. Il est permis aux Etats de limiter certains droits de l'homme ou de déroger à certains de leurs engagements en la matière, en période d'état d'urgence ou pour d'autres motifs d'ordre public. Il est reconnu que le Conseil peut exiger des Etats de limiter la jouissance de certains droits de l'homme en cas de menace à la paix, ses pouvoirs en vertu du Chapitre VII lui permettant de déroger au *jus dispositivum* international. Toutefois, il est contraint d'agir dans les limites de ses compétences et de respecter la Charte et le droit international.<sup>1694</sup> S'il est accepté que l'article 103 engendre une prépondérance normative,

---

<sup>1693</sup> Contrairement à : « 25. *Le présent rapport adopte une interprétation assez large du conflit dans lequel il voit une situation où deux règles ou principes suggèrent de traiter un problème à l'aide de moyens différents. Insister sur une simple incompatibilité logique fait à tort du raisonnement juridique une qualification logique. En fait, toute décision supposera de faire des interprétations et des choix entre les formules et les sens de différentes règles possibles qui ne répondent pas à un raisonnement logique.*», *Fragmentation du Droit International. Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, Rapport du Groupe d'Etude de la Commission du droit international, établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi...*, § 25, p. 21

<sup>1694</sup> Une vaste littérature est consacrée aux limites des pouvoirs du CdS, entre autres : ALVAREZ, Jose E., «Judging the Security Council», *American Journal of International Law*, vol. 90, 1996, pp. 1-39; BEDJAOUI, Mohammed, *The new World Order and the Security Council: Testing the Legality of its Acts*, Dordrecht/Boston, Martinus Nijhoff, 1994, 531 p.; FASSBENDER, Bardo, «Quis judicabit? The Security Council, Its Powers and Its Legal Control», *European Journal of International Law*, vol. 11, 2000, pp. 219-232; FRANCK, Thomas, «The "Powers of Appreciation": Who is the Ultimate Guardian of UN Legality?», *American Journal of International Law*, vol. 86, 1992, pp. 519-523; KOSKENNIEMI, Martti, «The Place of Law in Collective Security», *Michigan Journal of International Law*, vol. 17, 1996, pp. 455-490; GILL, Terry D., «Legal and Some Political Limitations on the Power

cela signifie que le droit de la Charte doit s'imposer sur les obligations incompatibles. La protection des droits de l'homme est un des buts de la Charte, énoncé à l'article 1§3, et les Etats ont des obligations concrètes en la matière.<sup>1695</sup> Ceci signifie que le terme « obligation », tel que mentionné à l'article 103, couvre également la promotion et la protection des droits de l'homme.

« (...) *the duty to respect human rights can be traced back to Article 103...many important treaties on human rights have been concluded in the framework of the UN and...the obligations established by these treaties must be considered out-and-out specifications of the abovementioned provisions. (Articles 1§3, 55 and 56).* »<sup>1696</sup>

Le Conseil se devrait également, en vertu de l'article 24§2, « *dans l'accomplissement de ces devoirs [d'agir] conformément aux buts et aux principes des Nations Unies* ». Une partie de la doctrine conteste, malgré ce qui a été affirmé *supra*, que celui-ci soit lié par le droit international et plus spécifiquement par les obligations en matière de droits de la personne, car l'organe remplirait une fonction essentiellement politique, qui n'est pas supposée être régulée par le droit.<sup>1697</sup>

Si l'on adopte une lecture purement littérale, il est vrai qu'aucune disposition expresse, exigeant du Conseil de respecter les règles de droit international lorsqu'il agit sur la base du Chapitre VII, n'est incluse dans la Charte, mais cela ne signifie pas qu'il soit autorisé à les enfreindre.<sup>1698</sup> Les rédacteurs n'avaient certainement pas envisagé la possibilité qu'un organe onusien puisse violer les droits fondamentaux: l'objectif du maintien de la paix et la promotion des droits de l'homme ne pouvaient entrer en conflit.<sup>1699</sup> Toutefois, l'expansion des pouvoirs du CdS et la diversification de

---

of the UN Security Council to Exercise Enforcement its Powers under Chapter VII of the Charter», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 26, 1995, pp. 33-61 ; KOSKENNIEMI, Martti, «The Place of Law in the Collective Security», *Michigan Journal of International Law*, vol. 17, 1995-1996, pp. 455-490 ; LAMB, Susan, « Legal Limits to United Nations Security Council Powers », in GOODWIN-GILL, Guy S., TALMON, Stefan, (Eds.), *The Reality of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 1999, Chapter 17.

<sup>1695</sup> Articles 55 et 56 de la Charte.

<sup>1696</sup> DE SENA, Pasquale, VITUCCI, Maria Chiara, «The European Courts and the Security Council: Between *Dédoulement Fonctionnel* and Balancing of Values», *European Journal of International Law*, vol. 20, N°2, 2009, p. 213

<sup>1697</sup> Hans Kelsen soutint avec vigueur que le CdS, en tant qu'organe exécutif et politique était délié de toute contrainte juridique dans sa mission de garant de la paix. Cette exception « *conforms with the general tendency which prevailed in drafting the Charter; the predominance of the political over the legal approach* » et contribuerait à renforcer l'efficacité de l'action des Nations Unies. KELSEN, Hans, *The Law of the United Nations*, London, Stevens, 1951, p. 294 et p. 735. Voir *infra* **note de bas de page 1872**.

<sup>1698</sup> L'argument repose sur le fait que l'engagement du CdS à respecter le droit international relativement à ses autres fonctions, comme le règlement pacifique des différends, est explicite dans le texte de la Charte. Voir: OOSTHUIZEN, Gabriel H., «Playing the Devil's Advocate: the United Nations Security Council is Unbound by Law», *Leiden Journal of International Law*, vol. 12, 1999; VRADENBERG Anna M., «The Charter VII Powers of the United Nations Charter: Do they Trump Human Rights Law?», *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 14, 1991, p. 175; pour un avis allant au-delà de l'approche textuelle, outre August Reinisch, voir, DE WET, Erika, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Oxford, Hart Publishing, 2004; LAMB, Susan, «Legal Limits to United Nations Security Council Powers», in GOODWIN-GILL, Guy S., TALMON, Stefan. (Eds.), *The Reality of International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1999.

<sup>1699</sup> Un amendement proposé par l'Equateur à San Francisco, exigeant d'inclure l'obligation pour le Conseil de sécurité d'agir en conformité avec les principes et les règles de droit international, lorsqu'il exerce ses pouvoirs issus du Chapitre VII, fut refusé. *UNCIO Docs*, 393, 1945, p. 393

ses tâches, dans des domaines forts différents,<sup>1700</sup> l'ont amené à entreprendre des actions susceptibles d'affecter le droit international des droits de l'homme et le droit humanitaire et d'avoir un impact direct sur les individus.<sup>1701</sup> Le CdS exerce désormais des compétences qui étaient traditionnellement réservées aux Etats. Il semble donc logique de déduire que cet accroissement de droits et de prérogatives doit s'accompagner d'obligations supplémentaires correspondantes à la charge de l'organe.<sup>1702</sup>

« *There is no doubt that UN organs, when imposing measures that have direct and dramatic impact on the rights of individuals, must respect international standards of human rights in a similar manner as States have to.* »<sup>1703</sup>

Certes, le Conseil n'est pas formellement partie aux conventions internationales visant la protection des droits de l'homme et du droit international humanitaire, ceux-ci n'étant ouverts qu'à l'accession des Etats.<sup>1704</sup> Divers arguments sont avancés par la doctrine pour soutenir que l'organe onusien se doit de respecter les principes relatifs à la protection de la personne humaine, lorsqu'il agit sous couvert du Chapitre VII, et que l'article 103 ne lui permet pas d'agir au mépris du droit international. Par exemple, le Professeur August Reinisch affirme que les Nations Unies sont liées par le droit international des droits de l'homme, comme résultat et dans la mesure où ses membres ont consenti à prendre des engagements en la matière, reprenant ainsi la théorie de la « succession fonctionnelle conventionnelle » par les organisations internationales.<sup>1705</sup> Selon cette approche,

---

<sup>1700</sup> Développement d'opérations de maintien de la paix, administration de territoires, mise en place des tribunaux pénaux, sanctions ciblées visant des individus et des entités non-étatiques, qui entraînent des atteintes à leur droit à la propriété, leur droit à la vie privée, leur liberté d'association, leur droit à un procès équitable, leur liberté de mouvement, etc.

<sup>1701</sup> Un des premiers exemples fut l'opération menée dans les années 1960 par l'ONU au Congo, qui entraîna des destructions massives de biens et de propriétés; puis, les sanctions imposées à l'Irak ont résulté en une véritable crise humanitaire; finalement, la mise en place des tribunaux pénaux a posé des problèmes quant à la protection des droits des accusés.

<sup>1702</sup> FASSBENDER, Bardo, «Sources of Human Rights Obligations binding the UN Security Council», in BEKKER, Pieter H.E., DOLZER, Rudolf, WAIBEL; Michael, (Eds.), *Making Transnational Law Work in the Global Economy. Essays in Honour of Detlev Vagts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 71-92. Il s'agit d'une application de la théorie des pouvoirs implicites, développée par la CIJ dans son *Avis consultatif sur les Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, Cour internationale de Justice, CIJ, Recueil C.I.J 1949. L'auteur ajoute : « *The application of the doctrine of implied powers in the law of international organizations must lead to the recognition not only to implied rights but also of implied duties or obligations. This means that if the recognised practice of an organisation develops in such a way that it includes an exercise of direct authority over individuals, a corresponding duty of that organisation to observe human rights arises under international law.* », p. 84

«*The boundless freedom of manoeuvre that international organizations has enjoyed was coming to a close.*», KLABBERS, Ian, «Kadi Justice at the Security Council», *International Organizations Law Review*, vol. 4, 2007, p. 6

<sup>1703</sup> Déclaration du représentant du Lichtenstein devant le CdS en Mai 2006, UN Doc.S/PV.5446, p. 30.

<sup>1704</sup> Article 48 du PIDCP, article 59 de la CEDH, article 74 de la CIADH. Traditionnellement, les droits de l'homme constituent une garantie pour les individus envers l'Etat, historiquement considéré comme la menace principale à la jouissance des libertés fondamentales.

<sup>1705</sup> REINISCH, August, «Securing the Accountability of International Organizations», *Global Governance*, vol. 7, 2001, pp. 137 et suivantes. La théorie fut initialement développée en lien avec la succession de la SDN à l'ONU, puis relativement à la participation de la Communauté européenne au GATT. Certains auteurs insistent toutefois sur la distinction qui existe entre les divers sujets de droit international, relativement à l'étendue de leurs droits et obligations, les organisations internationales ayant une personnalité juridique distincte de celle de leurs membres. Voir BLOKKER, Niels, «International Organisations and their Members», *International Organizations Law Review*, vol.

lorsqu'une organisation internationale exerce les pouvoirs qui appartenaient précédemment à un Etat ou un groupe d'Etats dans le cadre d'un régime juridique particulier, l'organisation succède à ceux-ci dans l'exercice des droits, mais elle assume également leurs obligations.<sup>1706</sup> En outre, il est certain que les Etats ne peuvent s'affranchir de leurs obligations internationales, par la création d'une entité, et la doter de pouvoirs, qui lui permettraient de violer le droit international. Une organisation internationale est une créature résultant de la volonté commune d'Etats et ne peut posséder plus de pouvoirs que ses fondateurs: « *nemo plus juris transferre potest quam ispe habet* ». <sup>1707</sup>

La Cour internationale de Justice souligna à juste titre que l'ONU, en tant que sujet de droit international, est liée « *par toutes les obligations que lui imposent les règles générales du droit international, son acte constitutif ou les accords internationaux auxquels il est partie* ». <sup>1708</sup> Certaines obligations relatives à la protection des droits de l'homme, ainsi que les règles élaborées dans les *Conventions de Genève* et les *Protocoles Additionnels*, appartiennent au droit international coutumier, et peuvent également constituer des principes généraux de droit, intégrés dans les traditions de la plupart des ordres juridiques nationaux. <sup>1709</sup> Par conséquent, les organisations internationales, dotées de la personnalité juridique internationale, sont liées par ces obligations, qui relèvent du droit international général. <sup>1710</sup> L'ONU et ses organes devraient se conformer au droit coutumier et aux principes généraux du droit, dans la mesure où la Charte n'énonce pas d'exceptions. <sup>1711</sup>

---

1, 2004, p. 152 et *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, Cour internationale de Justice, CIJ, Recueil C.I.J 1949 p. 174, Avis consultatif du 11 avril 1949, pp. 178-179.

<sup>1706</sup> HALBERSTAM, Daniel, STEIN, Eric, «The United Nations, the European Union, and the King of Sweden: Economic Sanctions and Individual Rights in a Plural World Order», *Common Market Law Review*, vol. 46, 2009, p. 23

<sup>1707</sup> ULPIEN, *Digeste*, 50.54. Egalement, REINISCH, August, «Securing the Accountability of International Organizations», ..., p. 136: «...the assumption that the UN member states could have succeeded in collectively opting out customary law and general principles of law by creating an international organization that would no longer be bound by what restricted its founding members appears rather unconvincing. »

<sup>1708</sup> *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Egypte*, Avis consultatif du 20 décembre 1980, CIJ, Recueil C.I.J 1980, pp. 89-90, § 37.

<sup>1709</sup> MERON, Theodor, *Human rights and humanitarian norms as customary law*, Oxford, Clarendon Press, 1989, pp. 96 et suivantes; SHRAGA, Daphna, ZACKLIN, Ralph, «The Applicability of International Humanitarian Law to the UN Peacekeeping Operations: Conceptual, Legal and Practical Issues», in *Symposium on Humanitarian Action*, June 1994, ICRC, p. 47

<sup>1710</sup> Bardo Fassbender note néanmoins le manque de pratique concernant le statut coutumier des obligations pour les organisations internationales, mais perçoit une tendance à l'élargissement du droit international coutumier, « *to include direct governmental action of international organisations vis-à-vis individuals.* », FASSBENDER, Bardo, «Sources of Human Rights Obligations binding the UN Security Council»,...p. 80 et du même auteur, *Targeted Sanctions and Due Process*, Study Commissioned by the UN Office of Legal Affairs Office of the Legal Counsel, 20 March 2006, p. 26

<sup>1711</sup> Le CdS possède des compétences exceptionnelles sur la base du Chapitre VII, qui lui permettent d'enfreindre certaines règles de droit international, interdiction du recours à la force, non-intervention dans les affaires intérieures. Mais en tant qu'organe de l'ONU, il est néanmoins soumis aux exigences du droit international, voir l'Opinion

Finalement, les organes des Nations Unies sont contraints par les règles de la Charte, règles qui sont les piliers de leur cadre constitutionnel. Les droits de l'homme représentent un des buts des Nations Unies: ils sont mentionnés dans le Préambule, aux paragraphes 3 et 4, à l'article 1(3), et développés à l'article 55 (c).<sup>1712</sup> Bien que les obligations en matière de droits de la personne ne fussent pas définies avec précision en 1945, elles furent développées subséquemment dans d'autres instruments et conventions, qui ne sont que la concrétisation en droit positif des idéaux de la Charte. Puisque le CdS doit poursuivre les objectifs de l'organisation, et que l'un de ceux-ci est le respect des traités, on peut assumer que l'organe doit également honorer ceux qui concernent les droits de l'homme. Il est nécessaire d'adopter une interprétation dynamique de l'instrument et de considérer que les références aux droits de l'homme incluses en son sein sont devenues des règles contraignantes liant les organes, comme un pré-requis à l'accomplissement de leur mission, au vu de l'importance de la protection de la dignité humaine comme valeur collective, ainsi qu'en raison de l'accroissement et la diversification des tâches des organisations internationales.<sup>1713</sup>

Il serait absurde de supposer que les organes onusiens puissent impunément entraver la jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

*« Besides the oddity of assuming that one of the main organs of an organization, which has among its main goals the protection of human rights, may have intended to direct Member States to violate human rights, the recent practice of the SC clearly demonstrates its will to secure compliance with human rights law. »*<sup>1714</sup>

---

dissidente du juge Fitzmaurice, au sujet de la souveraineté territoriale : « (...) C'est là un principe de droit international solidement établi s'il en est - et le Conseil de sécurité y est tout aussi soumis (car les Nations Unies sont elles-mêmes un sujet du droit international) que n'importe lequel des Etats Membres. », *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-ouest africain) nonobstant la Résolution 276 du Conseil de sécurité*, CIJ, Avis consultatif, Recueil C.I.J 1971, 21 juin 1971, p. 294

<sup>1712</sup> L'opération conjointe de l'article 1§3 et 55(c) entraînerait une obligation générale de respect des droits de l'homme pour l'organisation, voir, DE WET, Erica, «The Security Council as a Law Maker: The Adoption of (Quasi)-Judicial Decisions», in WOLFRUM, Rüdiger, ROBEN, Volker, *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin, Springer, 2005, p. 193.

<sup>1713</sup> « Indeed when the rights of individuals are involved, the application of human rights standards is a legal necessity. Human rights form part of the concept of the international public order. », BROWNLIE, Ian, «The Decisions of Political Organs of the United Nations and the Rule of Law», in MACDONALD, Ronald St. John, (Ed.), *Essays in Honour of Wang Tieya*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, p. 102.

Voir aussi AUST, Anthony, «The Role of Human Rights in Limiting the Enforcement Powers of the Security Council: A Practitioners View», in NOLLKAEMPER, André, DE WET, Erika, (Eds.), *Review of the Security Council by Members States*, Anvers/Oxford/New-York, Intersentia, 2003, p. 31.

<sup>1714</sup> BIANCHI, Andrea, «Security Council's Anti-Terror Resolutions and their Implementation by Member States: An Overview», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, 2006, p. 1061; « Humanitarian law and human rights norms, rather than establishing precise limits to Chapter VII powers, form guidelines in the exercise of those powers. Since they form part of the Purposes of the Organization as set out in Article 1(3) of the Charter, the SC's complete disregard for them would violate the Charter. », FROWEIN, Joachen Abraham, KIRSCH, Nico, «Introduction to Chapter VII», in SIMMA, Bruno, (Ed.), *The Charter of the United Nations*, Oxford, Oxford University Press, 2<sup>nd</sup> Ed., 2002, p. 711.

Par analogie, on peut appliquer ce que la Cour internationale de Justice a affirmé dans son avis consultatif sur l'*Effet de jugements du Tribunal Administratif*.<sup>1715</sup> C'est à travers l'action et les efforts des Nations Unies que les droits de l'homme se sont développés et institutionnalisés. La première étape fut sans nul doute l'adoption de la *Déclaration universelle* en 1948, perçue comme « une explication autorisée de la Charte ». <sup>1716</sup> Le langage de cette dernière est d'ailleurs assez large pour pouvoir couvrir les actes officiels, aussi bien entrepris par les Etats, que par les organisations internationales. L'usage fréquent du terme « société internationale » dans les diverses conventions en matière de droits de l'homme atteste du fait que les Etats ne soient pas les seuls destinataires de l'obligation de promotion et de respect des droits de l'homme.<sup>1717</sup> Les Nations Unies ont réitéré leur volonté de respecter le droit international, les droits de l'homme, ainsi que le droit humanitaire, par l'intermédiaire de son Secrétaire général, par l'adoption de nombreuses résolutions, par l'élaboration de régulations internes et finalement, par la mise en place d'institutions et d'organes de contrôle.<sup>1718</sup> De ce fait, l'organisation a créé des attentes légitimes et elle perdrait toute crédibilité si d'un côté, elle exigeait constamment de ses membres un respect des droits de l'homme sans faille, et de l'autre, elle refusait de les observer en lien avec ses propres actions. L'ensemble des arguments avancés démontrent une volonté et un engagement clair de la part de l'Organisation de se conformer au cadre normatif de la Charte. La jurisprudence a par ailleurs amplement reconnu que le CdS était lié par les buts et principes énoncés aux articles 1 et 2.<sup>1719</sup>

---

<sup>1715</sup> Voir: *Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité*, Avis consultatif, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J 1954, p. 57 : « De l'avis de la Cour, si l'organisation des Nations Unies laissait ses propres fonctionnaires sans protection judiciaire ou arbitrale pour le règlement des différends qui pourraient surgir entre elle et eux, ce ne serait guère compatible avec les fins explicites de la Charte, qui sont de favoriser la liberté et la justice pour les êtres humains, ou avec le souci constant de l'Organisation des Nations Unies, qui est de promouvoir ces fins. »

<sup>1716</sup> René Cassin, délégué français lors de la rédaction de la Déclaration, *UN Official Records of the Third Session of the General Assembly*, Part I, Third Committee, September-December 1948, p. 61. Aussi, CASSIN, René. « La déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme », *RCADI*, vol. 79, 1951-II, pp. 290-296.

<sup>1717</sup> BIANCHI, Andrea, « Security Council's Anti-Terror Resolutions and their Implementation by Member States. An Overview », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, 2006, p. 1062. Voir le Préambule, l'article 2 et l'article 28, qui offrirait un support textuel à l'opposabilité des droits de l'homme aux organisations internationales. Ceci est confirmé par la Déclaration de Vienne en 1993: « the promotion and protection of human rights is a matter of priority for the international community...[and] must be considered as a priority objective of the United Nations in accordance with its purposes and principles. », § 4, UN Doc.A/CONF.157/23, 12 juillet 1993. Voir aussi le Préambule des deux Pactes de 1966. Sur ce sujet voir, REINISCH, August, « Governance without Accountability », *German Yearbook of International Law*, vol. 44, 2001, p. 298

<sup>1718</sup> Voir: *Fundamental principles and rules if IHL applicable to UN Forces conducting operations under UN command and control. Observance by UN forces of IHL*. Secretary-General's Bulletin, UN Doc.ST/SGB/1999/13, 6 août 1999; UNTAET Regulation N° 1999/1, « On the Authority of the Transitional Administration in East Timor », Doc. UNTAET/REG/1999/1, 27 novembre 1999 et UNMIK, Regulation N° 1999/1, « On the Authority of the Interim Administration in Kosovo », Doc. UNMIK/REG/1999/1, 25 juillet 1999: « (...)the applicability of human rights standards by stipulating that in exercising their functions, all persons undertaking public duties or holding public office shall observe internationally recognised human rights. »

<sup>1719</sup> *Conditions de l'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies (article 4 de la Charte)*, Avis consultatif, CIJ, Recueil C.I.J 1948, 28 mai 1948, p. 64; *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de*

Sur la base de ces constatations, on peut légitimement se demander sur quels arguments se fonde cette priorisation entre les principes et buts de la Charte, entre le maintien de la paix et la promotion et défense des droits de l'homme, lorsqu'il est permis à un Etat de violer ses obligations en matière de droits humains, afin de mettre en œuvre une décision du CdS. Il est certain que l'article 103 ne fournit pas de base juridique. Cette hiérarchisation arbitraire n'est pas justifiable et ceci, d'autant plus dans le cadre des nouvelles directives demandant aux Etats de respecter les droits fondamentaux et le droit humanitaire, notamment dans la lutte contre le terrorisme.<sup>1720</sup> La résolution de tels conflits, plus axiologiques que juridiques, ne devraient pas se faire par le recours à la méthode formelle issue de l'article 103, mais sur base d'une évaluation de la nécessité et de la proportionnalité de déroger aux droits de l'homme, au regard des conditions établies par les textes et le droit international.<sup>1721</sup> Il ne s'agit pas dans ce cas d'une question de priorité, car les principes de la Charte sont équivalents au niveau de leur valeur normative.<sup>1722</sup> Il revient au CdS d'adopter les mesures appropriées, par la recherche d'un équilibre entre les considérations relatives aux droits de l'homme et l'objectif du maintien de la paix.<sup>1723</sup> Le terme de conflit n'est pas exempt d'ambiguïté et fut sujet à des manipulations interprétatives: soit, il est présumé qu'il existe un conflit, alors qu'il n'y en a pas, soit le conflit en présence ne peut être réglé par l'article 103.<sup>1724</sup> Il

---

*l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-ouest africain) nonobstant la Résolution 276 du Conseil de sécurité*, CIJ, Avis consultatif, Recueil C.I.J 1971, 21 juin 1971, § 110 et § 115 ; *Procureur vs. Dusko Tadic*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, Chambre d'Appel, TPIY, arrêt du 2 octobre 1995, § 28.

<sup>1720</sup> Voir aussi les Résolutions du Conseil 1456 (2003), 1535 (2004), 1566 (2004), 1617 (2005), 1624 (2005), 1787 (2007), 1822 (2008) et les nombreuses résolutions de l'Assemblée générale exigeant le respect des droits de l'homme dans le cadre des actions collectives, Résolutions 57/219 (2002), 58/187(2003), 59/191 (2004) et 60/158 (2005), 60/288 (2006), 61/171 (2007), 62/159 (2008), 62/272 (2008). Voir également le rapport du *Secretary General's High Level Panel on Threats, Challenges and Change*, UN Doc. A/59/565 du 2 décembre 2004.

<sup>1721</sup> Les atteintes aux droits de l'homme devraient être proportionnelles et nécessaires au but de restauration ou de maintien de la paix et constituer des mesures temporaires, afin de faire face à la menace.

« § 126. *That is, however, as far as I would go. The right is qualified but not displaced. This is an important distinction, insufficiently explored in the all or nothing arguments with which we were presented. We can go no further than the UN has implicitly required us to go in restoring peace and security to a troubled land. The right is qualified only to the extent required or authorised by the resolution. What remains of it thereafter must be observed. This may have both substantive and procedural consequences.* », Opinion de la Baroness Hale of Richmond dans l'affaire *Al-Jedda*. Et: « *However, one may doubt whether the UN Charter's formal solution to solve potential conflicts between international human rights obligations and obligations under binding UN Security Council resolutions in favour of the latter is fully adequate in such situations...a substantive assessment may be required to come to an adequate solution.* », REINISCH, August, « *Should Judges Second-Guess the UN Security Council?* », *International Organizations Law Review*, vol. 6, 2009, p. 287

<sup>1722</sup> Voir l'*Observation générale N°8 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels du 12 décembre 1997, The relationship between economic sanctions and respect for economic, social and cultural rights*, UN. Doc E/C.12/1997/8 et: « (...) *the collective good of the UN fight against terrorism should be acknowledged, not simply as a legitimate restriction of individual rights, but as a manifestation of a value which has comparable weight.* », CANOR, Iris, « *The European Courts and the Security Council: Between Dédoublement Fonctionnel and Balancing of Values:...* », p. 885

<sup>1723</sup> REINISCH, August, « *Developing Human Rights and Humanitarian Law Accountability of the Security Council for the Imposition of Economic Sanctions* », *American Journal of International Law*, vol. 95, 2001, pp. 858-859

<sup>1724</sup> « *It remains doubtful whether in the case at hand a real conflict existed between the express provisions of Resolution 1546 and a number of international humanitarian and human rights law provisions. Most of the time, however, one need not resort to Article 103. Indeed, rarely would one need to construe human rights obligations as conflicting with SC anti-terror measures. A presumption of consistency of the latter with human rights obligations,*

est rare de rencontrer un réel conflit normatif entre des obligations en matière de droits de l'homme et une résolution du Conseil de sécurité et il semble préférable d'adopter une posture interprétative privilégiant une présomption de compatibilité et visant à harmoniser les obligations. Et, comme il fut justement souligné:

*« Nothing prevents a State from granting a terrorist suspect the right to fair trial or an effective remedy under relevant human rights treaties. Nor would that be inherently prejudicial to the effectiveness of the fight against terrorism. »*<sup>1725</sup>

Il semble fondamental de trouver une méthode efficace pour préserver la paix et la sécurité, tout en protégeant les libertés fondamentales. Ceci passe inévitablement par l'adoption et l'application des résolutions du Conseil in « *a human rights conforming fashion* ». <sup>1726</sup> Une incompatibilité superficielle entre deux séries d'engagements se doit d'être résolue sans recours aux règles de conflits. Il n'est pas question d'agir par souci de facilité ou par économie de moyens, au détriment de la dignité humaine.

## **b. Entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte**

### *i. Obligations*

Le terme d'obligation, nonobstant sa présumée clarté, a également mené à de nombreuses interrogations. Une obligation naît de l'existence d'une norme contraignante, obligatoire: la formule englobe donc, non seulement les obligations exprimées explicitement dans le texte de la Charte (obligations primaires), ainsi que celles qui en découlent (obligations dérivées), comme par exemple, celles issues des résolutions du Conseil de sécurité sur la base du Chapitre VII. <sup>1727</sup> L'efficacité de l'action du Conseil demande que les mesures contraignantes, prises par ce dernier conformément au droit, bénéficient de la même priorité que les obligations découlant directement du texte de la Charte. Concernant justement les obligations émanant des décisions des organes, le

---

*and – one may add – all the more so with regard to peremptory norms, seems a perfectly viable interpretive tool to guarantee the required degree of consistency of SC resolutions with the international legal order.*», BIANCHI, Andrea, «Assessing the Effectiveness of the UN Security Council's Anti-Terrorism Measures: The Quest for Legitimacy and Cohesion», *European Journal of International Law*, vol. 17, N°5, 2006, p. 916

<sup>1725</sup> BIANCHI, Andrea, «Assessing the Effectiveness of the UN Security Council's Anti-Terrorism Measures... p. 916. L'auteur ajoute qu'en général, il n'y a pas de conflit entre les dispositions des résolutions et les obligations en matière de droits de l'homme, et qu'une présomption de conformité entre les diverses obligations est un outil interprétatif viable, afin de garantir un certain degré de compatibilité entre les résolutions du Conseil et l'ordre juridique international. Une interprétation « *human rights friendly* » est favorisée. Déjà Jenks souligna que toute interprétation doit partir d'une présomption négative à l'égard du conflit, comme une application des principes relatifs à l'interprétation des traités, à savoir, « *principles of reasonableness, of good faith, and the presumption of consistency with international law* », JENKS, Wilfred, «The Conflict of Law-Making Treaties»,..., p. 428. Toutefois, la présomption de compatibilité ne suffit pas à réconcilier des dispositions réellement incompatibles, d'où la différence entre conflit réel et conflit apparent.

<sup>1726</sup> REINISCH, August, « Should Judges Second-Guess the UN Security Council ? », p. 287

<sup>1727</sup> Ces dernières ne sont pas des actes purement conventionnels, mais des actes « institutionnels » internationaux, qui tirent leur force juridique obligatoire de la Charte.

texte de l'article 103 est dépourvu de toute ambivalence: la règle est limitée aux décisions créant des obligations juridiques, les résolutions du Conseil étant rendues obligatoires pour les Etats membres par l'intermédiaire de l'article 25 de la Charte.<sup>1728</sup> Mais prenons garde, l'obligation de respect ne vaut que si la résolution est valide, à savoir prise conformément à la Charte et au droit international: une résolution *ultra vires* ne créera pas d'obligations à la charge des Etats.<sup>1729</sup> En effet, l'obligation concerne le devoir de respect, né de l'article 25; la décision en tant que telle n'est pas équivalente à une obligation.<sup>1730</sup> Si la décision est illégale, l'obligation de respect disparaît.

L'article 103 trouve également application relativement aux décisions contraignantes pouvant être prises par l'Assemblée générale sur la base de l'article 101§1 et des obligations résultant des régulations promulguées par cette dernière. Mais qu'en est-il des résolutions non-contraignantes des organes, des recommandations du Conseil ou de l'Assemblée? Il est reconnu que ces dernières sont dotées d'effets juridiques, mais ces recommandations ne peuvent primer sur des règles contraignantes.<sup>1731</sup> Cette position fut confirmée dans la jurisprudence:

---

<sup>1728</sup> La doctrine, la pratique et les travaux préparatoires confirment que les résolutions du Conseil prises sur la base du Chapitre VII tombent dans le champ d'application de l'article 103. Voir les divers commentaires de la Charte: BERNHARDT, Rudolf, «Article 103»,..., pp. 1292-1302; DUPUY, Pierre-Marie, «The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 1, 1997, pp. 1-33; BOWETT, Derek, «The Impact of Security Council Decisions on Dispute Settlement Procedures», *European Journal of International Law*, vol. 5, 1994, pp.89-101; et les *affaires Lockerbie, ordonnance de 1992, Lybie vs. Royaume-Uni* (§ 39), *Al-Jedda, l'Avis consultatif de la CIJ sur le Sud-ouest africain*, § 116, p. 54 et l'Opinion individuelle du juge Ammoun, § 18, p. 99; aussi les Résolutions 670 du 25 septembre 1990, § 1 et § 3 et 748 du 31 mars 1992, § 7 du CdS, qui réitérent la primauté des obligations issues de la Charte. Notons que Charles Cadoux considère que le terme d'obligation englobe les obligations exprimées dans le texte de la Charte, mais aussi, « toutes celles qui découlent des principes et idéaux qui l'inspirent ». Cette idée est reprise par les tenants de l'extension des effets de 103. CADOUX, Charles, «La supériorité du droit des Nations Unies sur le droit des Etats membres...», p. 676. Et: « Dans le cadre juridique de la Charte des Nations Unies, et notamment sur la base de ses articles 24 et 25 et de son chapitre VII, le Conseil de sécurité peut adopter des résolutions imposant des obligations en vertu du droit international. La Cour a, à plusieurs reprises, eu l'occasion d'interpréter et d'appliquer de telles résolutions du Conseil de sécurité, et a toujours considéré qu'elles s'inscrivaient dans le cadre général des obligations du droit international... », *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, Avis consultatif du 22 juillet 2010, Cour internationale de Justice, Recueil CIJ 2010, § 85, p. 32

<sup>1729</sup> Nous reviendrons sur cette idée la question du *jus cogens* comme limite à l'applicabilité et aux effets de l'article 103 sera abordée, *infra* **IV. B. 2. a.** Voir: ORAKHELASHVILI, Alexander, « The Impact of Peremptory Norms on the Interpretation and Application of the United Nations Security Council Resolutions », *European Journal of International Law*, 2005-I, vol. 116, p. 69 et l'Opinion séparée du juge Lauterpacht dans *Application de la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide, Bosnie-Herzégovine vs. Yougoslavie/Serbie-Monténégro*, CIJ, Recueil C.I.J 1993, Ordonnance du 13 septembre 1993.

<sup>1730</sup> Bowett souligne que les Etats membres n'ont pu prévoir à l'avance quelles seront les décisions du Conseil de sécurité, par conséquent, ils ne lui ont pas octroyé un pouvoir absolu de modifier leurs obligations juridiques. Donc, si la résolution contrevient au droit de la Charte, elle est prise *ultra vires* et ne crée pas d'obligations. Dans ce cas, il ne peut y avoir de conflit entre obligations. BOWETT, Derek, «The Impact of Security Council Decisions on Dispute Settlement Procedures»...

<sup>1731</sup> On peut certes argumenter qu'une fois que l'Etat a accepté la recommandation, il se lie juridiquement et accepte de donner effet à celle-ci et ainsi, crée des attentes légitimes. L'article 103 pourrait trouver application. Néanmoins, cette interprétation doit être considérée comme trop extensive et il est Une recommandation non-contraignante ne peut écarter des engagements conçus comme obligatoires. « Les résolutions couvertes par l'article 103 sont celles que le

« Enfin, pour autant que les arrêts Yusuf et Kadi ne répondent pas à l'argument du requérant selon lequel les États membres de l'ONU ne seraient pas tenus d'appliquer telles quelles les mesures que le Conseil de sécurité les « invite » à prendre, c'est à raison que le Royaume-Uni y objecte que l'article 39 de la charte des Nations unies fait une distinction entre les « recommandations », qui n'ont pas force obligatoire, et les « décisions », qui ont force obligatoire. »<sup>1732</sup>

La question fut posée devant la Commission des mesures collectives, qui conclut qu'il ne fut pas certain que l'article 103 puisse s'appliquer aux simples recommandations, mais finit par refuser qu'un Etat puisse encourir de responsabilité en cas de non-respect d'une obligation internationale due à la mise en œuvre d'une recommandation.<sup>1733</sup> Indirectement, l'article 103 voit ses conséquences juridiques affecter des zones qui n'étaient pas initialement prévues comme faisant partie de son emprise.

La notion d'obligation a engendré une autre controverse: les « autorisations » du Conseil de sécurité sont-elles couvertes par l'article 103? Si l'on se base sur la pratique, il n'y a pas, ou pratiquement pas eu, d'opposition de la part des Etats; ils n'ont que rarement invoqué des obligations contraires pour ne pas appliquer une autorisation.<sup>1734</sup> Une autorisation du Conseil de sécurité constitue une délégation de pouvoirs aux Etats, dont la base légale est le Chapitre VII. Une fois que l'Etat a accepté cette délégation, il a l'obligation de respecter la résolution. L'article 103 peut être appliqué aux autorisations, mais il existe toutefois une limite: l'Etat qui se voit autorisé à prendre les mesures nécessaires, se doit de se conformer à l'esprit et l'objet de

---

Conseil a rendues obligatoires en vertu de l'article 25 ; les autres invitations ne créent pas d'obligations et ne sauraient l'emporter sur les obligations préexistantes. », COMBACAU, Jean, *Le Pouvoir de sanction de l'ONU, Etude théorique de la coercition non-militaire*, Paris, Pedone, 1974, p. 284.

<sup>1732</sup> Ayadi vs. le Conseil, Affaire T-49/04, Tribunal de Première Instance des Communautés européennes, Seconde Chambre, 12 juillet 2006, § 156

<sup>1733</sup> « Sanctions applied in conformity with the provisions of the Charter would certainly not be wrongful in the legal system of the UN, even though they might conflict with other treaty obligations incumbent upon the state applying them, ... (even) where the taking of such measures is merely recommended. », *Yearbook of International Law Commission*, vol. II, part 1, 1979, pp. 43-44

« Since they are no legal obligations created by recommendatory resolution (except perhaps a duty to consider), Articles 25 and 103 do not come into play, although some commentators argue that the authority of the UN is sufficient to entitle Member State to breach trade agreements. », WHITE, Nigel, ABASS, Ademola, « Countermeasures and Sanctions »..., p. 528

<sup>1734</sup> KOLB, Robert, « Does Article 103 of the Charter of the United Nations Apply only to Decisions or also to Authorizations... Il cite comme exemple: les sanctions imposées à la Rhodésie du Sud en 1966 par la Résolution 221 du 9 avril. La Grande Bretagne est invitée à s'opposer « par tous les moyens à la livraison de pétrole au Mozambique, s'il est destiné au final à la Rhodésie ». Un bateau grec fut arraisonné avant l'adoption de la résolution, la Grèce protesta. Un autre navire subit le même sort, mais cette fois-ci après avril 1966, la Grèce se tut: l'autorisation du Conseil fut perçue comme primant sur la liberté en haute mer. Toutefois, la Cour de justice des Communautés européennes a affirmé: « A member State is not bound to take a measure contrary to EC-law, if the international convention from where it flows does not oblige, but only allows that State to act in a way contrary to EC-Law. », affaire *Centro-Com Srl vs. HM Treasury and Bank of England*, CJCE, Case N° C-124/95, arrêt du 14 janvier 1997, § 60. Cette affaire concernait les sanctions imposées à la Yougoslavie par la Résolution 757 du CdS.

l'autorisation. L'article 103 ne doit pas servir d'excuse à des actes qui dépassent ce cadre.<sup>1735</sup> Il est vrai que les autorisations émanant du CdS sont souvent énoncées de manière ambiguë, à savoir qu'elles permettent aux Etats « *de prendre toutes les mesures nécessaires* ». Cependant, sans une mention expresse de la volonté du Conseil de limiter ou déroger à certaines obligations à la charge des Etats, ces derniers ne sont pas légitimés à ne pas respecter leurs engagements.<sup>1736</sup> De là, émerge la nécessité d'interpréter les actes du CdS comme *a priori* compatibles avec les normes de droit international. La jurisprudence récente appuie la conclusion atteinte: dans *l'affaire Al-Jedda* devant la Chambre des Lords, il a été soutenu que l'effectivité du système de sécurité collective exige que les autorisations bénéficient de la même priorité que les autres obligations issues de la Charte.<sup>1737</sup>

Dernier point, quoique peu débattu: les traités qui sont conclus dans le but de réaliser les obligations posées par la Charte, priment-ils sur les autres accords et engagements des Etats? Cette question fut discutée dans le cadre de l'Accord entre les Nations Unies et les Etats-Unis, relatif au siège de l'organisation, traité conclu en 1947. Il s'agissait alors de déterminer si l'obligation des Etats-Unis d'accorder le libre accès aux locaux des Nations Unies, obligation découlant de cet

---

<sup>1735</sup> KOLB, Robert, « Does Article 103 of the Charter of the United Nations Apply only to Decisions or also to Authorizations... », p. 33. Le Conseil est obligé de déléguer ses pouvoirs aux Etats, vu qu'il ne dispose pas de forces propres, l'article 43 de la Charte n'ayant jamais été concrétisé. Ce caractère obligatoire attaché aux autorisations provient de la pratique subséquente, qui a octroyé cette nature contraignante également aux autorisations.

Sarooshi affirme qu'il existe trois approches possibles relatives au concept de délégation:

- 1) Il n'existe pas d'obligation pour les Etats d'exercer les pouvoirs délégués, donc l'article 103 ne peut trouver application et les autres engagements des Etats façonnent la manière dont ils appliquent l'autorisation.
- 2) L'obligation est uniquement créée par l'acceptation de l'Etat ou des Etats de mettre en œuvre l'autorisation. Une obligation au sens de 103 existe.
- 3) Toute résolution du Conseil de sécurité, indépendamment de sa formulation, équivaut à une obligation.

Il est important de regarder le texte de la résolution, ainsi que l'intention qui se dissimule en amont: il faut tenter de découvrir si le caractère contraignant ressort du texte et de l'intention. L'option numéro 2) doit être privilégiée, à condition que l'article 103 ne devienne pas un *blanc-seing* pour couvrir des abus, qui outrepassent l'objectif et l'esprit desdites autorisations.

Voir, SAROOSHI, Danesh, *The United Nations and the Development of Collective Security Council- the Delegation by the UN Security Council of its Chapter VII Powers*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 150

<sup>1736</sup> «It can be thus maintained that the Security Council may derogate from norms of general international law having the character of *jus dispositivum*, to the extent that the Charter evidences an intention to allow for derogation from such norms (...)It seems thus clear that the Charter does not, in any clear or indisputable manner allow for derogation...one would have to look for evidence of the Council's intention to depart from general international law in its decisions under Chapter VII specifically rather than in the Charter in general.», TZANAKOPOULOS, Antonios, *Disobeying The Security Council. Countermeasures against Wrongful Sanctions*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 72-73; « *If the Council truly intends to derogate from human rights, that intent must be manifested in the language of the resolution, and the reasons for doing should be explained openly...* », JOHNSTONE, Iain, «Legislation and Adjudication in the UN Security Council: Bringing Down the Deliberative Deficit», *American Journal of International Law*, vol. 102, 2008, pp. 305-306.

<sup>1737</sup> §§ 31-34, Lord Bingham. La Résolution 1546 du Conseil de sécurité donne aux forces de coalition en Irak, «*the authority to take all necessary measures to contribute to the maintenance of peace (...)* », § 10. Aussi, Lord Rodger, § 115, Opinion concordante. La Cour européenne des droits de l'homme a également étendu la primauté des obligations issues de la Résolution 1244 à tous les actes et omissions des Etats couverts par cette dernière ; peu importe que la résolution impose ou autorise, ou que les actes soient volontaires. *Affaire Behrami-Saramati*, § 148.

accord, avait la priorité sur les traités d'extradition auxquels ils étaient parties. La Quatrième Commission arriva à la conclusion que les Etats-Unis devaient octroyer l'immunité aux personnes se trouvant dans les locaux de l'organisation, indépendamment des traités existants.<sup>1738</sup> Ceci mène à affirmer que la préséance vaut également pour les traités visant à concrétiser les objectifs de la Charte, tels que les conventions en matière de protection de droits de l'homme, ou encore celles visant le règlement pacifique des différends ou l'interdiction du recours à la force.

Il peut être conclu, à la lumière de nos observations, que le mot d'obligation comporte en son sein des ramifications sémantiques, qui n'ont probablement pas été envisagées par les rédacteurs de la Charte. En procédant à la suite de l'examen terminologique, il sera possible d'apprécier si ce manque de clairvoyance s'applique également aux autres éléments constituant l'article 103.

#### *ii. Les membres et les non-membres des Nations Unies*

La manière dont est formulé l'article 103 ne permet pas de faire la distinction entre les obligations des membres entre eux et celles des membres envers les non-membres. L'on peut alors légitimement se demander si l'article 103 lie les non-membres des Nations Unies. Il semble négligeable de traiter de cette question, quasiment tous les Etats de la planète étant membres des Nations Unies,<sup>1739</sup> mais elle reste pertinente au vu de l'interprétation extensive développée en la matière, ainsi qu'en lien avec la problématique des sujets de droit international: organisations internationales, individus et groupes d'individus, entités non-étatiques ou non-reconnues comme des Etats, tels que la Palestine, la République arabe sahraouie démocratique, le gouvernement en exil du Sahara occidental, l'Ordre de Malte, ou même Taiwan. Si la Charte est dotée d'une indérogeabilité absolue, ses obligations doivent primer et ceci, indépendamment du sujet concerné.

En novembre 1946, le Comité d'experts du Conseil de sécurité a examiné les conditions par lesquelles la Suisse aurait pu devenir partie au Statut de la Cour internationale de Justice. Dans son rapport au Conseil, le Comité conclut:

*« De l'avis du Comité, les obligations des Membres des Nations Unies, aux termes de l'article 94, comprennent les obligations complémentaires découlant des dispositions des articles 25 et 103 de la Charte pour autant que ces dispositions peuvent se rapporter à celles de l'article 94; (...) les Etats qui deviennent parties au Statut sans appartenir aux NU deviennent liés par les obligations complémentaires découlant des Articles 25 et 103 dans la mesure où ils se rapportent aux dispositions de l'Article 94 (mais non autrement) lorsqu'ils acceptent toutes les obligations qui découlent pour les Membres des Nations Unies de l'Article 94. »<sup>1740</sup>*

<sup>1738</sup> *Répertoire de la Pratique des Nations Unies*, Supplément III, vol. IV, 1973, pp. 208 et suivantes.

<sup>1739</sup> Sauf le Vatican, les Iles Cook et Niue et le Kosovo. La question de la Palestine est encore plus problématique.

<sup>1740</sup> [http://untreaty.un.org/cod/repertory/art94/french/rep\\_vol5\\_art94\\_f.pdf](http://untreaty.un.org/cod/repertory/art94/french/rep_vol5_art94_f.pdf), consulté le 28 juin 2010.

L'article 103 ne lie pas les non-membres, ce qui est conforme au principe de l'effet relatif des traités. Certaines interprétations affirment néanmoins que la Charte, en vertu de son caractère spécifique et de ses objectifs supérieurs, lierait dans une certaine mesure les Etats non-parties. Cette tendance repose majoritairement sur une lecture extensive de l'article 2§6, en vertu duquel tous les Etats- et autres sujets du droit international- ont un devoir d'agir conformément aux principes de la Charte, afin de maintenir la paix et la sécurité. L'article 2§6 pose une obligation pour l'Organisation des Nations Unies et non une réelle obligation juridique à la charge des Etats non-membres. La Charte est un traité international, dont le caractère contraignant ne s'applique qu'aux Etats parties. Le courant qui veut faire de la Charte l'instrument constitutionnel de la communauté internationale prétend étendre les effets de l'article aux non-membres, en invoquant le caractère objectif du régime posé par la Charte et la nature *erga omnes* des obligations qui en découlent.<sup>1741</sup> La valeur coutumière de l'article 103, ainsi que le principe de bonne foi, viennent renforcer l'argumentation. Cependant, rien dans la pratique ne confirme que cette disposition appartienne au droit international coutumier. La Charte ne doit pas être conçue comme relevant dans sa globalité du droit international général et encore moins à classer toutes les obligations qui en sont issues dans la catégorie du *jus cogens*.<sup>1742</sup>

Le Comité IV/2 fit preuve de prudence relativement à cette épineuse question. Selon lui, il était impossible d'insérer dans un accord international des obligations à la charge des Etats tiers, mais il insista sur la nécessité pour les membres de remplir toutes leurs obligations en vertu de la Charte, et déclara finalement que le « *texte [de l'article 103] ne vise pas exclusivement les obligations antérieures des Etats membres, et en cas de conflit entre des obligations contractées entre membres et non-membres et des obligations entre membres issues de la Charte, ces dernières prévaudront- car il est fondamental d'assurer l'exécution des dispositions de la Charte, surtout en matière de maintien de la paix* », ce qui sous-entend de possibles dérogations aux règles de droit international en matière de droit des traités.<sup>1743</sup> L'interprétation devant être donnée de ce passage

---

<sup>1741</sup> « Il existe de bonnes raisons de supposer que les traités conclus avec des Etats tiers qui sont soit clairement, soit au moins apparemment contraires à la Charte sont non seulement inapplicables mais aussi privés de toute validité pour ces Etats.(...) Les Etats tiers doivent (...) respecter les obligations qui découlent de la Charte. », BERNHARDT, Rudolf, «Article 103»,..., p. 1298. Voir aussi, FASSBENDER, Bardo, «The United Nations Charter as Constitution of the International Community», ..., p. 532 et GOODRICH, Leland M., HAMBRO, Edvard, «Article 103», in *Commentaire de la Charte des Nations Unies*, Histoire et Société d'aujourd'hui, Editions de la Baconnière, Neuchâtel, 1946, p. 393

<sup>1742</sup> Même s'il est évident que certaines dispositions font partie du droit international général.

<sup>1743</sup> UNCIO, Doc. 933, vol. IV (2), p. 6. Aussi, le *Rapport sur les obligations incompatibles avec le Charte*, Doc. 798-IV/2/6 (1), vol. XIII; CADOUX, Charles, «La supériorité du droit des Nations Unies sur le droit des Etats membres...», p. 658. La Commission du droit internationale souligna : « *Peut-être l'effet exact de cette disposition entre les membres des Nations Unies et les Etats non-membres n'est-il pas parfaitement clair.* », *Projet d'articles sur le droit des traités*, Annuaire de la Commission du droit international, vol. II, 1966, p. 233

est la suivante: les engagements contractés avec les Etats non-membres ne doivent pas être une entrave à la réalisation des obligations à la charge des membres en vertu de la Charte, mais les obligations visées sont juridiquement obligatoires uniquement pour les Etats parties. Ceci ne remet aucunement en cause le droit des tiers d'obtenir réparation ou compensation pour le préjudice né de la non-application de l'accord incompatible, sans pour autant qu'ils ne puissent exiger l'exécution de leurs droits conventionnels.<sup>1744</sup> Finalement, relativement aux rapports entre non-membres, l'article 103 ne s'applique pas. La nécessité de préserver une portée limitée à la disposition est reflétée dans les travaux préparatoires et découle de l'intention des rédacteurs, qui n'ont jamais eu à l'esprit d'en faire une clause dotée d'une portée illimitée.<sup>1745</sup>

### *iii. Les organisations internationales*

En lien avec la question des non-membres, se pose la problématique de l'extension du champ d'application de l'article 103 aux organisations internationales. La *Charte des Nations Unies* est un traité international conclu entre des Etats et donc, les autres sujets de droit international ne peuvent y être parties.<sup>1746</sup> Pourtant, il est soutenu que la Charte lierait les organisations internationales et que les obligations onusiennes pourraient également prévaloir sur les obligations de celles-ci en cas de conflit. A l'appui de cette thèse, plusieurs arguments ont été avancés. L'article 103 a pour effet indirect d'interdire aux Etats de créer une organisation qui violerait la Charte ou qui agirait à l'encontre de leurs obligations. Les diverses dispositions incluses dans les traités constitutifs des organisations rappellent l'obligation des respecter la Charte<sup>1747</sup> et prévoient parfois la possibilité pour les membres de déroger à leurs engagements pour pouvoir respecter leurs obligations issues de celle-ci.<sup>1748</sup> De plus, il semble que les Etats ne sauraient s'affranchir des

---

<sup>1744</sup> « *Il ne s'agit donc que d'une entorse minime à l'effet relatif des traités.* », TOUBLANC, Alix, « L'Article 103 et la valeur juridique de la *Charte des Nations Unies* », ..., p. 443. Voir *infra* **partie IV. C. 3. b.**

<sup>1745</sup> Voir *supra* **note de bas de page 1640**. Relevons que la Charte confère expressément des droits aux Etats non-membres, notamment en vertu de l'article 35§2. Les Etats tiers sont aussi mentionnés aux articles 32 et 50.

<sup>1746</sup> Article 4§1 de la Charte.

<sup>1747</sup> Voir *infra* **note de bas de page 1861**.

<sup>1748</sup> Tout traité qui établit une organisation se doit d'être en conformité avec la Charte et les décisions des organes sont soumises à la même obligation. Voir: Articles 297 et 307 du *Traité établissant la Communauté européenne*.

« Article 297 : *Les États membres se consultent en vue de prendre en commun les dispositions nécessaires pour éviter que le fonctionnement du marché commun ne soit affecté par les mesures qu'un État membre peut être appelé à prendre en cas de troubles intérieurs graves affectant l'ordre public, en cas de guerre ou de tension internationale grave constituant une menace de guerre, ou pour faire face aux engagements contractés par lui en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationale.* »

Article 307 : « *Les droits et obligations résultant de conventions conclues antérieurement au 1er janvier 1958 ou, pour les États adhérents, antérieurement à la date de leur adhésion, entre un ou plusieurs États membres, d'une part, et un ou plusieurs États tiers, d'autre part, ne sont pas affectés par les dispositions du présent traité.*

*Dans la mesure où ces conventions ne sont pas compatibles avec le présent traité, le ou les États membres en cause recourent à tous les moyens appropriés pour éliminer les incompatibilités constatées. En cas de besoin, les États membres se prêtent une assistance mutuelle en vue d'arriver à cette fin et adoptent le cas échéant une attitude commune.*

obligations qui leur sont imposées individuellement sous prétexte d'une action collective. Le principe de préemption est ainsi réitéré dans la *Convention de Vienne de 1986 entre Etats et Organisations internationales et Organisations entre elles*, à son article 30§6.<sup>1749</sup> La réserve relative à l'article 103 fut ajoutée après quelques controverses, ce qui peut expliquer sa formulation quelque peu floue, qui permet une interprétation large de la portée de l'article 103.<sup>1750</sup> Finalement, l'article 48§2 de la Charte impose aux Etats de respecter les décisions du CdS, également lorsqu'ils agissent au sein des organismes dont ils font partie.<sup>1751</sup> La Charte, en tant que constitution de la communauté internationale, devrait lier tous les sujets: l'article 103 deviendrait de ce fait une norme impérative, à portée universelle et générale.

Le débat a été ouvert, notamment par rapport à la Communauté européenne (ci-après CE): celle-ci est-elle liée par la Charte, et plus spécifiquement, a-t-elle l'obligation de respecter les décisions du Conseil de sécurité? Formellement, la Communauté européenne n'est pas soumise au droit de la CHONU, mais elle possède la compétence de prendre des mesures pour assurer la mise en œuvre des obligations des Etats membres.<sup>1752</sup> Le cas européen est spécifique, car tous les Etats membres de la CE sont parties à la Charte et sont par la même soumis à l'article 48§2. Finalement, ces derniers ont consenti à déléguer de larges pouvoirs opérationnels à la CE. Le Tribunal de première instance des Communautés a élaboré un raisonnement critiqué et critiquable sur ce point, dans les

---

*Dans l'application des conventions visées au premier alinéa, les États membres tiennent compte du fait que les avantages consentis dans le présent traité par chacun des États membres font partie intégrante de l'établissement de la Communauté et sont, de ce fait, inséparablement liés à la création d'institutions communes, à l'attribution de compétences en leur faveur et à l'octroi des mêmes avantages par tous les autres États membres. »*

Article XXI (c) du GATT : *Exceptions concernant la sécurité*

« Aucune disposition du présent Accord ne sera interprétée(...) c) ou comme empêchant une partie contractante de prendre des mesures en application de ses engagements au titre de la Charte des Nations Unies, en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales. »

Voir *infra* **partie IV. A. 4.**

<sup>1749</sup> Article 30§6: «Les paragraphes précédents sont sans préjudice du fait que, en cas de conflit entre les obligations découlant de la Charte des Nations Unies et les obligations découlant d'un traité, les premières prévaudront. »

S'agit-il de la reconnaissance que l'article 103 s'applique également aux traités conclus entre organisations internationales, au simplement une inclusion par défaut? Il faut premièrement souligner que la *Convention de Vienne de 1986* n'est pas entrée en vigueur et que, de plus, certaines organisations ne l'ont pas ratifiée, ce qui est le cas de la Communauté européenne. La valeur coutumière de celle-ci est discutable. Il est difficile d'accepter, dans ce contexte, que la *Convention de 1986* impose la préséance du droit de la Charte à des organisations non-signataires. L'article 30§1 de la *Convention de Vienne de 1969* rappelle aussi le principe suivant: l'article 103 s'applique aux traités constitutifs des organisations internationales, qui sont de ce fait soumis à la priorité des obligations onusiennes.

<sup>1750</sup> Certains membres de la Commission du droit international ont soutenu que la priorité énoncée par l'article 103 n'était pas applicable aux organisations internationales, celles-ci n'étant pas des membres des Nations Unies; d'autres, afin de justifier l'extension de la règle, ont invoqué le caractère universel de l'organisation et le fait que les organisations internationales sont des outils d'action collective des Etats.

<sup>1751</sup> L'article impose aux organisations régionales d'assurer la mise en œuvre des résolutions par l'adoption de mesures: « 1. *Les mesures nécessaires à l'exécution des décisions du Conseil de sécurité pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales sont prises par tous les Membres des Nations Unies ou certains d'entre eux, selon l'appréciation du Conseil.*

2. *Ces décisions sont exécutées par les Membres des Nations Unies directement et grâce à leur action dans les organismes internationaux appropriés dont ils font partie. »*

<sup>1752</sup> Sur la base de l'article 48§2 de la Charte et de son traité constitutif.

*affaires Kadi et Yusuf*: il a tout simplement conclu que la Communauté était indirectement liée par le droit de la Charte (§§ 192-193, *Kadi*), car elle a accepté de remplacer les Etats membres au niveau dans la mise en œuvre des résolutions prises par le CdS sur la base du Chapitre VII.<sup>1753</sup> Le Tribunal déduisit cet argument des articles 297 et 307 du *Traité créant la Communauté européenne*: la Communauté fut perçue comme un agent commun des Etats, ce qui l'oblige à mettre en œuvre les résolutions du CdS (§§ 204-207, *Kadi*).<sup>1754</sup> L'effet contraignant des résolutions ne dérive pas en soi de la Charte, mais du droit communautaire, et indirectement de l'article 48§2. Selon le Tribunal, en lui transférant de telles compétences, les membres ont eu l'intention de soumettre la CE au droit onusien. Toutefois, ils n'ont pu lui octroyer plus de pouvoirs qu'ils ne possèdent eux-mêmes (§200, *Kadi*). En se substituant de manière constante aux membres dans la mise en œuvre des résolutions du Conseil, notamment par l'imposition de sanctions économiques, la CE a expressément démontré qu'elle a accepté de remplir cette fonction. La construction de la priorité du droit de la Charte est donc élaborée de la sorte:

- 1) *La Communauté ne doit ni violer les obligations des membres issues de la Charte, ni empêcher leur réalisation;*
- 2) *La Communauté doit, dans l'exercice des pouvoirs qu'elle a en vertu du Traité de la CE, adopter toutes les mesures nécessaires pour permettre aux membres de remplir leurs obligations et donner effet aux résolutions du Conseil; (§§ 192-207) ;*
- 3) *La Communauté n'est pas directement liée par la Charte, mais indirectement, car elle a assumé certaines compétences des membres; (§ 200)*
- 4) *La Communauté est liée par droit onusien comme les Etats membres (§ 193), et cela découle du droit communautaire. (§ 203-204)*

Cette conclusion sera également reprise par la CJCE dans l'*affaire Kadi/Al-Barakaat*, qui assumait également que les résolutions du Conseil créent des obligations pour la CE, sans pour autant établir l'existence d'une obligation automatique de respect.<sup>1755</sup> En vertu de l'article 307 du Traité de la CE, les Etats peuvent déroger au droit communautaire pour exécuter les résolutions du Conseil, mais cette disposition ne justifie toutefois pas des dérogations aux principes fondamentaux de l'Union. La CE n'a aucune obligation de respecter les décisions du Conseil, si ces dernières sont contraires à son ordre et ses piliers constitutionnels.

---

<sup>1753</sup> Par une analogie avec le GATT, la CE assume les obligations des Etats membres. Et, nous citons la CJCE dans *Kadi-Al Barakaat*, 2008, § 79: « À cet égard, le Tribunal, en se référant, par analogie, notamment au point 18 de l'arrêt du 12 décembre 1972, *International Fruit Company e.a.* (21/72 à 24/72, Rec. p. 1219), a jugé que, dans toute la mesure où, en vertu du traité CE, la Communauté a assumé des compétences précédemment exercées par les États membres dans le domaine d'application de la charte des Nations unies, les dispositions de cette charte ont pour effet de lier la Communauté (arrêts attaqués *Kadi*, point 203, ainsi que *Yusuf et Al Barakaat*, point 253). »

<sup>1754</sup> *Kadi*, 2005: § 204: « Au terme de ce raisonnement, il y a lieu de considérer, d'une part, que la Communauté ne peut violer les obligations incombant à ses États membres en vertu de la charte des Nations unies ni entraver leur exécution et, d'autre part, qu'elle est tenue, en vertu même du traité par lequel elle a été instituée, d'adopter, dans l'exercice de ses compétences, toutes les dispositions nécessaires pour permettre à ses États membres de se conformer à ces obligations. » Ce développement sera repris par exemple dans l'*affaire Hassan*, Tribunal de première instance, 2006.

<sup>1755</sup> § 285 de l'arrêt de 2008.

Ces raisonnements sont quelque peu erronés, l'article 103 ne devant pas déployer machinalement ses effets aux organisations internationales. Les organisations peuvent être juridiquement liées par la Charte, en tant que celle-ci reflète le droit international général, mais pas au-delà. La CE pourrait être contrainte par la CHONU dans les domaines où elle exerce une compétence exclusive, comme par exemple, la politique commerciale commune. De plus:

*« (...) The EU's obligation, affirmed by the CFI, to implement SC Resolutions cannot be easily justified on the basis of the norms mentioned earlier, or even less, be considered the fruit of an improbable functional succession of the EU for the UN obligations of the Member States. »*<sup>1756</sup>

La CE se doit de respecter le droit international et ne pas entraver les Etats dans le respect de leurs obligations onusiennes, mais cela ne constitue pas une base suffisante pour l'obliger à respecter les décisions du Conseil. La CE n'est ni le destinataire direct des résolutions, ni le successeur des droits et obligations des membres. Il convient de distinguer entre le réel destinataire de l'obligation, à savoir l'Etat, et l'agent qui a la compétence de l'implémenter, la CE.

*« (...) trade policy embargoes which are based on a UN sanctions decisions can also be imposed by the EC with no obligation on the EC to treat the UN measures as binding. This is so because in the case of the UN a succession by the EC in the position of its Member States has not taken place, Commentary on Treaty of Rome. »*<sup>1757</sup>

Certes, le CdS peut exiger le respect de ses décisions par les tiers, mais il n'existe pas de pratique constante en ce qui concerne les organisations internationales.<sup>1758</sup> Et même si les décisions du Conseil liaient la CE, cela signifierait qu'elles seraient intégrées en droit communautaire, mais ne primeraient pas automatiquement sur les traités constitutionnels et les principes fondamentaux de l'ordre européen. La Communauté possède la compétence d'appliquer les résolutions, mais n'est pas forcée de le faire. De plus, elle décide de la manière dont elle veut les exécuter. Le raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Behrami-Saramati* (§§ 145 et suivants) peut également laisser penser que le droit de la Charte engendre des obligations devant prévaloir en cas de conflit, principe qui vaut également pour les organisations internationales. Il n'est pas acceptable, néanmoins, que l'article 103 soit étendu tel quel aux obligations incombant à d'autres sujets que les Etats membres de l'ONU.

---

<sup>1756</sup> DE SENA, Pasquale, VITUCCI, Maria Chiara, «The European Courts and the Security Council: Between *Dédoublement Fonctionnel* and *Balancing of Values*»,..., p. 199. Certes, la CE ne doit pas empêcher les Etats d'exécuter leurs obligations onusiennes.

<sup>1757</sup> VEDDER, Hans, «Artikel 113», in ONBITZ, E, (ed.), *Kommentar zum EWG-Vertrag* Baden-Baden, Nomos, 1989, §§ 62-65

<sup>1758</sup> Voir les Résolutions 661 du 6 août 1990 (Irak-Koweït), 687 du 3 août 1991 (Irak-Koweït), 733 du 23 janvier 1992 (Somalie), 748 du 31 mars 1992 (Lybie) et 1681 du 31 mars 2006 (Ethiopie-Erythrée).

### c. Leurs obligations en vertu de tout autre accord international

#### i. Accord international

« Il importe de ne pas perdre de vue que tous les accords régionaux, bilatéraux et multilatéraux...sont toujours subordonnés aux dispositions de l'article 103 ainsi conçu (...). »<sup>1759</sup>

Les obligations issues de la Charte prévalent sur tout accord international, quelque soit le type et la nature de celui-ci.<sup>1760</sup> Soulignons d'emblée que le Comité IV/2 n'avait envisagé la suprématie de la Charte exclusivement sous l'angle des traités internationaux, et que rien dans les travaux préparatoires n'indique que la disposition puisse avoir des effets sur des normes issues de sources non-conventionnelles, droit coutumier, principes généraux ou actes unilatéraux.<sup>1761</sup> Un pan immense du droit international échapperait donc à la suprématie de la Charte. Il est vrai que l'article 102 de la Charte opère la distinction entre un traité et un accord. Selon l'opinion majoritaire, cela n'a aucune incidence sur la compréhension du terme, qui englobe tout traité, formel ou informel.<sup>1762</sup> Puisqu'aucune précision chronologique n'a été jugée nécessaire, il semble que le terme d'accord vaut aussi bien pour les accords conclus avant, que ceux conclus après l'entrée en vigueur de la Charte.<sup>1763</sup>

Dans l'affaire *Lockerbie*, l'article 103 fut invoqué en lien avec un instrument conventionnel, la *Convention de Montréal*, mais rien dans l'arrêt ne permit de présumer d'une quelconque suprématie des obligations de la Charte sur des normes issues de sources non-conventionnelles. D'ailleurs, les juges dans leurs différentes opinions individuelles et dissidentes se posèrent la question de savoir quelle aurait été la réponse de la Cour, si la Lybie avait soumis sa plainte en alléguant une violation de ses droits en vertu du droit international général:

---

<sup>1759</sup> *Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Nicaragua vs. Etats-Unis d'Amérique, CIJ, Recueil C.I.J, Compétence de la Cour et recevabilité, arrêt du 26 novembre 1984, § 107, p. 52. Il s'agit de la première affaire où la CIJ a mentionné l'article 103.

<sup>1760</sup> Confirmé par les Lords dans l'affaire *Al-Jedda*: les traités en matière de protection des droits de la personne n'ont pas un caractère, qui les empêche d'être supplantés par les obligations issues de la Charte en cas de conflits. § 35: « *Emphasis has often been laid on the special character of the European Convention as a human rights instrument. But the reference in article 103 to "any other international agreement" leaves no room for any excepted category, and such appears to be the consensus of learned opinion.* »

<sup>1761</sup> L'intention contraire est même exprimée, voir *supra*, **note de bas de page 1640**.

<sup>1762</sup> Voir l'Opinion séparée du juge Jessup dans l'affaire *du Sud-ouest africain*, Libéria vs. Afrique du Sud, CIJ, Recueil C.I.J, Exceptions préliminaires, arrêt du 21 septembre 1961, p. 407: « *The report of Committee IV of the United Nations Conference which prepared the Charter, said that the word "agreement" in Article 102 should be interpreted to include certain unilateral engagements of an international character...no reason to interpret this article [article 103] as excluding any treaty, convention, accord or other type of international engagement or undertaking.* »

<sup>1763</sup> « *Since Article 103 applies both to past and future commitments the following, whatever their date, can no longer be relied on against member States in their relationship with South Africa...* », Opinion individuelle du juge Ammoun, *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-ouest africain) nonobstant la Résolution 276 du Conseil de sécurité*, CIJ, Avis consultatif, Recueil C.I.J 1971, 21 juin 1971, p. 87

« *This, to repeat, relates to protection of sovereign rights under general international law but not to the interpretation and application of the Montreal Convention, which is the subject matter of the present case. The claim on the ground of the violation of sovereign rights would have instituted a totally different litigation, and whether or not the Court has jurisdiction to deal with that issue is certainly a different matter.* »<sup>1764</sup>

L'article 103 n'actionne la préséance de la Charte qu'au regard des obligations issues d'instruments conventionnels: les travaux préparatoires, la référence dans la CVDT, ainsi qu'une grande partie de la doctrine soutiennent cette appréciation.<sup>1765</sup> Finalement, ni le Conseil de sécurité, ni l'Assemblée générale n'ont cité le droit coutumier ou d'autres obligations non-conventionnelles comme soumis au droit de la Charte, lorsqu'ils ont fait mention de l'article 103. Toutefois, l'éventualité d'un conflit entre des obligations onusiennes et des normes non-conventionnelles n'est pas à exclure et nous pourrions subséquemment saisir, qu'il est tentant d'élargir le champ d'application de la disposition à cet égard.

## *ii. Droit international coutumier*

Les obligations issues du droit international coutumier ont été écartées du champ d'application de la règle de priorité énoncée à l'article 103.<sup>1766</sup> En réalité, les rédacteurs étaient persuadés qu'il ne pourrait survenir à l'avenir de conflit entre la Charte et le droit international coutumier, les Etats s'étant engagés « *à créer les conditions nécessaires au maintien de la justice et du respect des obligations nées des traités et d'autres sources du droit international* ». Cet extrait du Préambule de la CHONU dénote la conviction qu'elle était considérée comme le reflet de la coutume en vigueur et des principes généraux existants:

« *La Charte était perçue comme une vaste remise à jour des coutumes existantes et il était impossible que survienne une incompatibilité substantielle avec une coutume future, mais ceci plus en raison de motifs idéologiques, que juridiques.* »<sup>1767</sup>

Cependant, il est difficile d'éliminer d'emblée la possibilité d'un conflit entre des obligations coutumières et le droit de la Charte. Certains auteurs sont résolument décidés à faire primer le droit de la Charte sur toute obligation, quelle que soit la source de celle-ci, mais, simultanément, rejettent la possibilité que naisse du droit coutumier qui serait contraire à la Charte, ou qui puisse

---

<sup>1764</sup> Déclaration du juge Oda, *Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie*, Jamahiriya arabe libyenne vs. Etats-Unis d'Amérique, Ordonnance du 14 avril 1992, CIJ, Recueil C.I.J. 1992, p. 131; ainsi que l'Opinion dissidente du juge Bedjaoui, § 29.

<sup>1765</sup> Concernant l'affaire *Lockerbie*: « (...) *it would be «interesting to speculate what might have happened if Libya...brought its action under general international law.* », FRANCK, Thomas, «The "Powers of Appreciation": Who is the Ultimate Guardian of UN Legality?», *American Journal of International Law*, vol. 86, 1992, p. 522; BOWETT, Derek, «The Impact of Security Council Decisions on Dispute Settlement Procedures»,..., p. 92; WATSON, Geoffrey, «Constitutionalism, Judicial Review and the World Court», *Harvard International Law Journal*, vol. 34, 1993, p. 25

<sup>1766</sup> Voir *supra* note de bas de page 1640.

<sup>1767</sup> DUPUY, Pierre-Marie, «The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited», ..., p. 13

amender ou abroger cette dernière.<sup>1768</sup> Il serait, selon eux, impossible de préserver l'ordre juridique international tel qu'il a été établi en 1945, ainsi que de promouvoir les buts et les objectifs inscrits dans la Charte, sans lui garantir une priorité absolue.

*« Constitutional rules which preceded the Charter have become part of it (...) neither can new customary law come into being which would amend or derogate from Charter law. This already follows from Article 103 of the Charter, which teleologically can only be read to give the Charter priority over all over conflicting obligations regardless of their formal source. There is no parallel existence of customary constitutional rules and the Charter rules. »*<sup>1769</sup>

Néanmoins, les avis sont partagés concernant cette question. De nombreux commentateurs de la Charte n'ont d'ailleurs pas fait de référence à la coutume, comme par exemple, Kelsen ou Ross. La préoccupation majeure était d'éviter que les Etats ne soient tenus pour responsables pour avoir transgressé leurs engagements conventionnels, alors qu'ils mettaient en œuvre des mesures contraignantes décidées par l'Organisation. Un des premiers commentaires confirme que la prééminence éventuelle des obligations issues de la Charte sur celles découlant du droit coutumier ne comptait pas parmi les questions à traiter.<sup>1770</sup> Le rapport du groupe d'experts de la Commission du droit international, ayant traité de la question de la fragmentation, arriva à une conclusion quelque peu ambiguë, qui se fonde sur le statut de certaines dispositions de la Charte, du caractère constitutionnel de cette dernière et de la pratique des Etats et des organes onusiens:

*« Charter obligations **may** [nous soulignons] also prevail on international customary law. »*<sup>1771</sup>

Une interprétation purement littérale de l'article 103 exclut la coutume de son champ d'application: accord international ne signifie pas droit international coutumier, à moins d'adopter une approche « volontariste-extrême », qui considère la coutume comme un accord tacite. Rien

---

<sup>1768</sup> FASSBENDER, Bardo, «The United Nations Charter as Constitution of the International Community»,..., p. 586; KOPELMANAS, Lazare, *L'Organisation des Nations Unies- L'Organisation constitutionnelle des Nations Unies...*, p. 203. Pour Pierre-Marie Dupuy, le silence quant à la question des obligations coutumières peut être interprété comme: « *the idea that the Charter was aimed at becoming and remaining the direct expression of the true spirit of modern international law, against which no rule of general international law should prevail.* » DUPUY, Pierre-Marie, «The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited», ..., p. 17

Voir: VIRALLY, Michel, *L'Organisation mondiale*, Paris, A. Colin, 1972, pp. 160 et suivantes: « *Article 103 must be seen in connection with article 25 and with the character of the UN Charter as the basic document and constitution of the international community. Therefore the ideas underlying 103 are also valid in case of conflicts between Charter obligations and obligations other than those contained in treaties.* »

Et, BERNHARDT, Rudolf, «Article 103»,..., pp. 1298-1299

<sup>1769</sup> FASSBENDER, Bardo, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 118

<sup>1770</sup> GOODRICH, Leland M., HAMBRO, Edvard, «Article 103»...

<sup>1771</sup> *Fragmentation du Droit International. Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, Rapport du Groupe d'Etude de la Commission du droit international*, cinquante-huitième session, mai-août 2006, A/CN.4/L.702, 28 juillet 2006, § 35 et § 344 du Rapport du Groupe de Travail.

Même constat incertain : « *Article 103 gives obligations arising out of the Charter pre-eminence over obligations arising under any other international treaty, though it is not clear this affects member States' customary rights.* », WHITE, Nigel, ABASS, Ademola, «Countermeasures and Sanctions»,...p. 521

dans le texte ne prouve que la disposition vise également le droit coutumier. Cette primauté présumée est basée sur une vision extensive de l'article 103, une simple « *wishful thinking* ». <sup>1772</sup>

Deux arguments peuvent être soulevés contre notre lecture. Premièrement, la Charte peut être vue comme une *lex specialis* par rapport au droit international général et l'emporterait donc sur toute norme contraire d'origine coutumière. De plus, en vertu de la *lex posterior*, elle primerait sur toute obligation coutumière antérieure. <sup>1773</sup> L'article 103 n'a, par conséquent, aucune pertinence en l'espèce, la priorité de la Charte étant issue des règles ordinaires de conflit de normes. Au regard de la pratique du Conseil de sécurité, ses décisions ont pour effet de neutraliser les normes coutumières contraires: <sup>1774</sup>

« *In applying sanctions under Chapter VII the SC is acting, albeit in a special manner, like individual states when applying countermeasure: it legitimately infringes otherwise protected legal positions. Thus if a position is protected by customary international law, it should be as open to SC intervention as if the position were protected by a treaty.* » <sup>1775</sup>

Les décisions du Conseil écartent les autres obligations davantage en vertu de la *lex posterior*, si l'on reconnaît à ces dernières une force juridique équivalente à celle d'un traité, conclusion qui peut être établie en se fondant sur l'article 25 de la Charte.

Une soumission de l'ensemble du droit international au droit de la Charte doit être rejetée, une approche au cas par cas étant préférable. La portée de l'article 103 n'est pas applicable de manière générale aux obligations de nature coutumière. D'ailleurs, la coutume demeure une source extrêmement importante en droit international et celle-ci n'a pas cédé devant la multiplication des traités et conventions: le droit international coutumier continue à exister parallèlement au droit conventionnel. <sup>1776</sup> Il n'y a rien de négatif à ce que ce pan échappe à l'emprise de l'article 103. Il est intéressant de soulever la réserve, dont a fait preuve le Tribunal de première instance dans

---

<sup>1772</sup> ORAKHELASHVILI, Alexander, « The Impact of Peremptory Norms on the Interpretation and Application of the United Nations Security Council Resolutions », *European Journal of International Law*, 2005, N°1, vol. 16, p. 69

<sup>1773</sup> Voir *affaire Ebony Maritime SA et Loten Navigation Co. LtD contre Prefetto della Porvincia di Brindisi et autres*, demande de décision préjudicielle, Conclusions de l'avocat général Jacobs, Affaire N° C-177/1995, 19 novembre 1996. Ici, le principe de liberté en haute-mer a été considéré comme soumis aux obligations issues d'une résolution du Conseil de sécurité. La résolution l'emporte donc sur la coutume, mais cela résulte plus de l'effet de la *lex posterior* que de la *lex superior*.

<sup>1774</sup> Voir les Opinions des juges Weeramantry, p. 70 et Bedjaoui, p. 47, dans l'*affaire Lockerbie* (1992)

<sup>1775</sup> ZEMANEK, Karl, « The Legal Foundations of the International System - General Course of Public International Law », *RCADI*, vol. 266, 1997, p. 232. L'auteur accepte que le raisonnement soit faible au niveau juridique, et qu'il mène à une extension injustifiée de l'article 103.

<sup>1776</sup> Comme répété dans l'*affaire Nicaragua*, 1986, § 177, *in fine* : « Plus généralement, on ne voit aucune raison de penser que, lorsque le droit international coutumier est constitué de règles identiques à celles du droit conventionnel, il se trouve « supplanté » par celui-ci au point de n'avoir plus d'existence propre. »

l'affaire *Kadi*. Il a, en effet, évité de mentionner les obligations coutumières, alors que le Conseil et la Commission avaient émis l'avis que la Charte prévalait également sur le droit coutumier.<sup>1777</sup>

« 181. Force est de constater que, du point de vue du droit international, les obligations des États membres de l'ONU au titre de la charte des Nations unies l'emportent incontestablement sur toute autre obligation de droit interne ou de droit international conventionnel, y compris, pour ceux d'entre eux qui sont membres du Conseil de l'Europe, sur leurs obligations au titre de la CEDH et, pour ceux d'entre eux qui sont également membres de la Communauté, sur leurs obligations au titre du traité CE. »<sup>1778</sup>

La CIJ en l'affaire *Lockerbie* soutint déjà cette idée et les diverses opinions des juges ne vinrent que la renforcer.<sup>1779</sup> Dans toutes les affaires mentionnant 103, ses effets ont été limités à une préséance sur des obligations conventionnelles. L'article 103 se doit d'être restreint, ce qui laisse la possibilité de l'émergence d'une coutume internationale *superveniens*, qui pourrait certes contredire la Charte, mais qui refléterait l'état actuel ou futur de l'ordre juridique international. N'y a-t-il pas plus belle illustration que la pratique du vote au sein du Conseil de sécurité: la pratique générale et constante a donné lieu à une modification de la CHONU et la coutume a fini par primer sur le texte de celle-ci.<sup>1780</sup>

Aucun élément solide ne permet de conclure que les obligations de la Charte priment sur le droit international coutumier; cette conclusion peut être étendue à l'ensemble du droit international général, principes généraux du droit inclus.<sup>1781</sup>

---

<sup>1777</sup> §156: « *The obligations imposed on a Member of the United Nations under Chapter VII of the Charter of the United Nations prevail over every other international obligation to which the member might be subject. In that way Article 103 of the Charter makes it possible to disregard any other provision of international law, whether customary or laid down by convention, in order to apply the resolutions of the Security Council, thus creating an 'effect of legality.'* »

<sup>1778</sup> *Affaire Kadi*, Tribunal de première instance, 2005, § 181.

<sup>1779</sup> Voir l'Opinion dissidente du juge Bedjaoui en 1992, §29; la déclaration du juge Oda qui rejeta la possibilité qu'une résolution du Conseil puisse violer le droit international général, **note de bas de page 1764**; et l'Opinion individuelle du juge Rezek en 1998, p. 41: « 2. *L'article 103 de la Charte est une règle de solution de conflit entre traités: il présuppose avant tout l'existence d'une opposition entre la Charte des Nations Unies et un autre engagement conventionnel. Il résout le conflit en faveur de la Charte, sans égard à la chronologie des textes. Mais il n'entend pas opérer au détriment du droit international coutumier et moins encore au préjudice des principes généraux du droit des gens. Et c'est bien la Charte des Nations Unies (non une résolution du Conseil de sécurité, une recommandation de l'Assemblée générale ou un arrêt de la Cour internationale de Justice) qui bénéficie de la primauté établie dans cette norme: c'est la Charte avec tout le poids de ses principes, de son système et de la répartition de compétences qu'elle réalise.* »

<sup>1780</sup> Voir également: *Conséquences Juridiques de l'Edification d'un Mur dans le Territoire Palestinien Occupé*, Avis consultatif, CIJ, Recueil C.I.J 2004, 9 juillet 2004, §§ 24-28. L'interprétation de l'article 12 de la Charte a évolué au cours du temps, § 27, p.17: « (...) *De fait, la Cour relève l'existence d'une tendance croissante à voir l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité examiner parallèlement une même question relative au maintien de la paix et de la sécurité internationales...* »

<sup>1781</sup> Avis confirmé par la Cour d'Appel de La Haye dans *Case of the Association of Citizens Mothers of Srebrenica vs. The State of Netherlands and the United Nations*, Appeal Court in the Hague, Case Number 200.022.151/01, arrêt du 30 mars 2010, qui relève que le droit à un procès équitable appartient au droit coutumier: «...*the Court of Appeal finds that the right to a fair trial and the right of access to a court of law it entails is a matter of customary law, which can be invoked independently of the preceding provisions.* », § 5.1 in fine

### iii. Autres obligations issues de sources non-conventionnelles

Comme déjà constaté, la question des organisations internationales est délicate. On peut considérer que l'expression, « toute obligation en vertu d'un autre accord international » s'applique également aux traités établissant des organisations entre des Etats membres de l'ONU, ainsi qu'aux décisions des organes dépendant de celles-ci :

*« Not only must the treaty establishing the organization between UN member States be in accordance with the Charter and the obligations imposed upon them by the Charter, but the decisions of the new organizations itself must comply with the Charter. Since almost all international organizations are based on treaties, some commentators argue that all international organizations have to respect the rule of article 103. »*<sup>1782</sup>

Bien la dernière partie de la citation soit problématique, la Charte étant un traité interétatique qui ne constitue pas dans sa totalité du droit international général, il est vrai que cette situation peut être assimilée à un accord entre un membre et un non-membre (l'organisation internationale en question), et que par analogie, l'Etat membre ne doit être entravé par ce type d'engagements dans l'exécution de ses obligations découlant de la Charte. Ce raisonnement est confirmé, comme déjà noté ci-dessus, par l'inclusion de l'article 30§6 dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales entre elles*. Cette disposition serait la preuve, pour certains, de la volonté de soumettre les organisations internationales à la primauté issue de l'article 103, ce qui a été refusé, notamment en raison du fait que ladite convention ne soit pas encore entrée en vigueur. Il est fort peu probable de plus que les traités conclus uniquement entre organisations internationales soient soumis à la règle.

A la lumière de la pratique du Conseil de sécurité, les résolutions contraignantes de ce dernier primeraient sur les contrats de droit privé, tout comme sur les licences et les permis; rien ne s'oppose *a priori* à considérer les accords conclus entre des Etats ou entre des Etats et autres entités, et soumis au droit privé, comme des accords internationaux. La notion d'accord international peut se référer à tout type d'instrument, par lequel un Etat se lie. Toutefois, en cas de conflit, ces derniers ne seraient pas invalidés, mais les Etats devraient simplement refuser de leur donner effet.<sup>1783</sup> Finalement, relevons que le droit national ne peut être invoqué pour ne pas

---

<sup>1782</sup> LAUWAARS, Richard H., «The Interrelationship between United Nations Law and the Law of Other International Organizations»,..., p. 1605, Voir *supra* **IV. A. 2. b. iii.**

<sup>1783</sup> Voir les Résolutions suivantes: 1127 du 28 août 1997 (Angola), 1173 du 12 juin 1998 (Angola), 1267 du 15 octobre 1999 (Afghanistan), 1298 du 17 mai 2000 (Ethiopie et Erythrée). La littérature n'est pas unanime sur la priorité du droit de la Charte sur le droit international privé, voir ROUCOUNAS, Emmanuel, «Engagements parallèles et contradictoires»..., p. 70, qui soutient que le droit international privé est indifférent au droit de la Charte.

Notons que nous ne voulons pas aborder la question de la possible priorité de la Charte sur le droit national des Etats membres, car ceci déborde de la présente problématique, mais notons que le Tribunal de première instance dans l'affaire *Kadi* a affirmé : « 181. Force est de constater que, du point de vue du droit international, les obligations des Etats membres de l'ONU au titre de la charte des Nations unies l'emportent incontestablement sur toute autre

respecter une obligation internationale; par conséquent, un accord conclu en vertu du droit d'un Etat ne peut prévaloir sur le droit international. La question d'un conflit entre des instruments domestiques (droits ou obligations qui en sont issus) et la Charte ne semble pas être un problème, en tout cas au regard du droit international. La règle de priorité peut être étendue à toute sorte de droits et obligations contractuelles, indépendamment de leur source. Toutefois, s'il on prend un point-de-vue interniste, l'article 103 ne fonctionne pas au regard des dispositions des constitutions nationales. La Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine l'a affirmé:

§ 66. «Article 103 of the Charter deals only with a sub-set of possible conflicts of laws in public international law, namely conflicts between the obligations of the Member States of the UN arising under different treaties. It does not attempt (and indeed would be powerless to attempt) to determine the effect of any such conflict on the obligations of the authorities of the Member States under their national constitutional legal order. »<sup>1784</sup>

L'article 103 ne peut ici déployer ses effets: les obligations issues de la Charte ne priment pas de manière automatique sur le droit interne et la disposition n'empêche pas la Cour de se prononcer sur des éventuelles violations des droits des plaignants, même si elles découlent indirectement de mesures édictées par le CdS.<sup>1785</sup>

Cette jurisprudence des tribunaux internes, que la partie **A.3** reprendra plus en détails, témoigne d'une évolution au niveau de l'attitude adoptée à l'encontre de la Charte, qui n'est plus conçue comme un instrument absolu générant des obligations indérogeables. Certes, l'examen réalisé par les cours nationales s'effectue au niveau de la licéité des mesures nationales de mise en œuvre des obligations onusiennes, le conflit se situant entre ces dernières et des obligations internationales à

---

*obligation de droit interne ou de droit international conventionnel, y compris, pour ceux d'entre eux qui sont membres du Conseil de l'Europe, sur leurs obligations au titre de la CEDH et, pour ceux d'entre eux qui sont également membres de la Communauté, sur leurs obligations au titre du traité CE. » Voir également, l'affaire Ayadi, Tribunal de première instance, 12 juillet 2006, § 4. Traditionnellement, cette question est réglée par les dispositions du droit interne et par la nature des relations entre droit interne et droit international, le droit international ne jouissant pas d'une primauté automatique. Soit l'Etat devra incorporer les dispositions pertinentes dans son droit interne, soit le système prévoit un effet direct du droit international, mais dans la plupart des cas, il ne primera pas sur la constitution, malgré l'article 27 de la CVDT; seuls quelques Etats ont accepté qu'une décision d'une organisation internationale puisse écarter une disposition constitutionnelle. (Les Pays-Bas, par exemple, mais le droit de s'abstenir dans certaines circonstances exceptionnelles de donner effet aux résolutions du CdS est maintenu, en vertu du *Sanctions Act* de 1977). L'article 103 n'a donc pas pour effet automatique d'écarter une obligation issue du droit national, bien qu'il soit soutenu que l'article 27 de la CVDT appartienne au droit international coutumier et assure une primauté du droit international sur le droit national; mais cette disposition concerne le principe *pacta sunt servanda* et n'a jamais été élaborée comme une clause permettant aux accords internationaux de primer automatiquement sur le droit national.*

<sup>1784</sup> *Milorad Bilbija et al.*, N° AP-953/05, Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine, jugement du 8 juillet 2006, §§ 61-76. Egalement: *Boudellaa and others vs. Bosnia and Herzegovina*, Admissibility and Merits, Human Rights Chamber for Bosnia and Herzegovina, 10 October 2002, § 13. La Chambre avança que l'Etat devait garantir les droits des individus, indépendamment des possibles conflits avec les obligations de l'Etat issues de résolutions du CdS.

<sup>1785</sup> Voir aussi, la décision de la Cour constitutionnelle allemande, du 12 octobre 1993 concernant la constitutionnalité du Traité de Maastricht, qui soutint que la possibilité de transférer des pouvoirs souverains à un organisation internationale est limitée par l'article 24 de la Constitution, qui exige le respect des droits de l'homme fondamentaux; si ces droits sont affectés, les cours nationales doivent exercer leur compétence de contrôle sur les décisions de l'organisation concernée.

la charge de l'Etat défendeur. Ceci constitue une parade intelligente pour contourner l'application de l'article 103 et ne pas attaquer frontalement l'action du CdS, et simultanément condamner les conduites illicites. La jurisprudence ici analysée mène à un renversement des logiques, la sécurité cède le pas devant la dignité de la personne. Cette inversion des valeurs devrait encourager une meilleure application du droit et un renforcement de la légitimité des actions menées pour le maintien de la paix et de la sécurité.

#### **d. Les premières prévaudront: une question de priorité ou de validité?**

Cette dernière section est consacrée à un point débattu dans la littérature, à savoir, quel est l'effet juridique de l'article 103 sur l'accord international, qui se trouve en conflit avec une ou plusieurs obligations issues de la *Charte des Nations Unies*. Le texte de la disposition est silencieux relativement à l'incidence sur les obligations contraires et ne précise rien de l'effet sur leur validité. Il s'agit ici d'interpréter ce silence: l'obligation contraire est-elle suspendue, invalidée ou abrogée? Ce mutisme révèle quelque chose d'évident: l'objectif de l'article 103 n'est pas de régler la validité ou la non-validité de l'accord incompatible, ceci devant être entrepris au cas par cas. « Prévaudront » signifie que l'Etat « *se voit interdit d'honorer l'obligation issue de la norme en conflit avec la Charte* »<sup>1786</sup> et que celle-ci est mise de côté, tant qu'elle est incompatible avec le respect des obligations onusiennes. L'obligation incompatible avec la Charte est momentanément inapplicable et inopposable, mais *a priori* reste valide.<sup>1787</sup>

Toute tentative entreprise, en vue de faire découler une autre conséquence juridique de l'article 103, a pour dessein de doter la disposition d'un but nouveau: transformer la Charte en une constitution ou, tout du moins, établir une hiérarchie normative. Si la nullité devait frapper l'accord incompatible, cela signifierait que les normes contenues dans la Charte ont une valeur juridique supérieure aux autres, « *la nullité étant la sanction qu'entraîne la violation d'une norme supérieure, par une norme de degré inférieur* ». <sup>1788</sup> L'abrogation automatique ou la nullité des

---

<sup>1786</sup> *Fragmentation du Droit International. Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, Rapport du Groupe d'Etude de la Commission du droit international, établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi...*, § 334, p. 186 ; voir **Waldock, note de bas de page 1645**.

<sup>1787</sup> « *La prévalence signifie ici supériorité normative et surtout priorité, ce qui veut dire que seule l'obligation de la Charte s'applique et qu'elle écarte, en quelque sorte, l'obligation conflictuelle. En pareil cas, l'obligation incompatible avec la Charte est mise sur la touche et cesse d'être opérationnelle, sans cependant être invalidée ou frappée de nullité.* », ECONOMIDES, Constantin, « Les règles d'ordre public en droit international », in CONSTANTINIDES, Aristotle, ZAIKOS, Nikos, (Eds.), *The Diversity of International Law. Essays in Honour of Professor Kalliopi K. Koufa*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 15.

<sup>1788</sup> KELSEN, Hans, *Théorie Pure du droit*, 2<sup>ème</sup> Ed., Paris, LGDJ, 1995, pp. 263-264

accords contraires paraissent être des effets qui dépassent de loin l'intention des rédacteurs.<sup>1789</sup> Le Comité IV/2 précisa lors des travaux de rédaction que l'abrogation automatique était exclue:

«(...) l'accord a pu se faire sur l'inopportunité de prescrire l'abrogation automatique par la Charte des obligations incompatibles...Il a été jugé préférable de rattacher la règle à l'existence de deux catégories d'obligations, auquel cas ce sont les obligations résultant de la Charte qui prévaudront à l'exclusion des autres.»<sup>1790</sup>

Certes, quelques avis se sont élevés, arguant que l'article 103 avait pour effet d'abroger les accords contraires.<sup>1791</sup> La synthèse suivante peut être faite relativement aux effets juridiques produits par l'article 103:

- 1) **Pour un accord conclu entre des membres avant l'entrée en vigueur de la Charte:** sans que le traité antérieur ait pris fin ou que son application ait été suspendue; absence d'intention claire et explicite des parties de remplacer le premier accord;<sup>1792</sup>
- la *lex posterior* s'applique entre les parties au traité antérieur et à la Charte, l'article 103 ne joue aucun rôle: la Charte l'emporte en cas d'incompatibilité, mais le traité antérieur continue à s'appliquer dans la mesure où il n'est pas en conflit avec la Charte.<sup>1793</sup>

---

<sup>1789</sup> De plus, il est certain que le conflit normatif peut naître subitement et qu'il paraît absurde de prévoir à l'avance la nullité d'un régime juridique dans sa totalité. « (...) *The effects of article 103 of the UN Charter should be viewed above all at an interpretative level, requiring an application of the contrasting norm in a manner compatible with the observance of the obligation under the Charter, an then at an enforceability level rather than at a level of automatically invalidating the contrasting norm.*», SCISO, Elena, «Fundamental Rights and Article 103 of the UN Charter before the Court of First Instance of the European Communities», *Italian Yearbook of International Law*, vol. XV, 2005, p. 149

<sup>1790</sup> *UNCIO*, vol. XIII, p. 672. Voir *supra* note de bas de page 1643. De même dans l'affaire *Lockerbie*, la Cour fait référence uniquement à l'applicabilité des obligations en conflit et non, à la validité de celles-ci.

<sup>1791</sup> Pour Hans Kelsen, un traité incompatible conclu entre des membres des Nations Unies avant l'entrée en vigueur de la Charte est abrogé, en vertu de la *lex posterior*, ce qui est soutenable. Pour les accords entre membres conclus après l'entrée en vigueur de la Charte, ils deviennent nuls et nonavenus, car cela équivaut à un amendement de la Charte, voir même à une tentative d'abolition. L'effet abrogatif est issu des règles contenues dans la Charte sur son amendement et des règles de droit international général régulant la matière. Selon lui, le terme « prévaudront » cité à l'article 103 équivaut dans son effet à une abrogation, terme qui est généralement employé pour les normes subséquentes, abrogeant les normes antérieures. Donc « prévaloir » a été choisi comme substitut à abroger, puisque l'effet concerne également les normes antérieures issues de la Charte qui abrogent les obligations subséquentes contraires. KELSEN, Hans, « Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under other International Agreements- An Analysis of Article 103 of the Charter », *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, §948-949, pp. 284-294

De même pour Rudolf Bernhardt, un traité conclu avant la Charte qui est incompatible avec celle-ci, devient nul. Un accord conclu après, se voit frappé de nullité *ab initio*, en tout cas pour ce qui est des conflits clairs entre le texte de la Charte et un accord international ; relativement à des conflits occasionnels, ou à une incompatibilité de certaines dispositions d'un accord, il est moins radical que Kelsen: les dispositions contraires sont invalidées, mais le reste du traité peut rester en vigueur, selon les règles du droit international général. Il accepte que s'il y a conflit entre une décision du Conseil de sécurité et un accord, ce dernier n'est que temporairement suspendu. Ces conclusions sont valables pour les traités conclus entre membres et entre membres et non-membres. BERNHARDT, Rudolf, «Article 103», ..., pp. 1292-1302

« (...) s'il existe un conflit irréversible entre une obligation de la Charte et une obligation conventionnelle, il ne peut y avoir que la nullité. (...) En revanche, si une décision du Conseil empêche la mise en œuvre d'un traité non-incompatible avec la Charte, la suspension temporaire s'impose. Le traité reprend ses droits dès que les mesures du Conseil sont révoquées ou arrivées à expiration... », KOLB, Robert, *Jus Contra Bellum, Le droit international relatif au maintien de la paix*, Bâle/Genève, Helbing & Lichtenhahn, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 150 Par irréversible, il faut entendre un conflit entre une disposition importante et impérative de la Charte et une autre obligation. Dans ce cas la nullité est la conséquence du caractère de *jus cogens* de la norme en question, mais cet effet ne peut valoir pour toutes les dispositions de la Charte.

<sup>1792</sup> Sinon, article 59 de la *CVDT*: ici, l'identité des parties est requise.

<sup>1793</sup> Exception, si l'accord est en conflit avec une norme de *jus cogens* de la Charte: alors la nullité de l'accord est générée, en vertu de l'article 53 de la *CVDT*.

- Toujours pour un accord conclu entre des membres avant l'entrée en vigueur de la Charte, mais dont l'incompatibilité avec cette dernière n'est pas apparue immédiatement (conflit occasionnel): il s'ensuit la suspension de l'accord lors de la survenance du conflit, mais pas l'abrogation automatique de celui-ci. L'accord retrouve sa pleine applicabilité si le conflit disparaît.
- En ce qui concerne les accords entre membres et les non-membres, leurs relations sont régies par le traité auquel ils sont tous parties, mais en cas d'incompatibilité, les membres doivent donner priorité à leurs obligations onusiennes (exception temporaire à la règle énoncée à l'article 30§4(b) de la *CVDT*). L'accord ou l'obligation incompatible reste valide.
- De plus, aucune obligation n'existe pour les Etats membres de se délier des accords contraires, mais il y a une forte présomption qu'ils le feront, en vertu du principe de bonne foi.

#### 2) Pour un accord conclu après l'entrée en vigueur de la Charte:

- En vertu de l'article 2§2 et des principes de bonne foi et *pacta sunt servanda*, les membres ne devraient pas conclure à l'avenir des accords contraires à la Charte. Les conflits intrinsèques seront rares, mais la possibilité de conflit occasionnel est probable.
- L'article 103 peut être vu comme un infléchissement de la *lex posterior*: l'accord postérieur ne s'applique pas s'il y a conflit avec une obligation onusienne. (article 30§1 de la *CVDT*)
- L'article 103 est aussi une légère entorse à la *lex specialis*: un accord postérieur conclu entre quelques parties ou relativement à un sujet spécifique ne trouvera application que s'il est compatible avec la Charte.<sup>1794</sup>
- Si un accord est compatible avec la Charte au moment de sa conclusion, mais entre par la suite en conflit avec une obligation onusienne, par exemple avec une obligation issue de la décision d'un organe, l'accord se voit momentanément suspendu.<sup>1795</sup>
- Pour les traités entre membres et non-membres: les non-membres doivent connaître les risques, les membres donneront priorité à leurs obligations onusiennes en cas de conflit, mais l'accord reste valide, ce qui respecte le principe de l'effet relatif des traités.

#### 3) Les amendements sont permis par la Charte: articles 108 et 109

#### 4) Conclusion:

- L'accord ou l'obligation incompatible ne se voit pas frappé automatiquement de nullité, en cas de conflit avec le texte ou une obligation dérivée de la Charte. Il ou elle reste valide *a priori*, mais ne peut être exécuté, de manière continue ou temporaire. L'article 103 est une technique pour éviter les conflits. Le droit des traités régule les conséquences de l'incompatibilité.
- La nullité est automatique, uniquement si l'obligation est en conflit avec une norme de la Charte relevant du *jus cogens*.
- Interprétation extensive, à laquelle nous n'adhérons pas: l'accord ou l'obligation contraire se voit automatiquement frappé de nullité, que l'accord soit conclu entre des membres des Nations Unies ou entre des membres et un/des tiers. L'article 103 lierait les parties, tout comme les tiers, ceci constituant une exception au principe de l'effet relatif des traités. Ce raisonnement est basé sur l'article 2§6, sur le fait que la Charte crée une situation objective et opposable à tous les Etats, situation justifiée par les principes et les buts de la Charte, ainsi que par le caractère coutumier de la Charte dans son ensemble.

Le dernier aspect à traiter est celui des conséquences juridiques issues du non-respect par un membre de ses obligations envers un non-membre, en raison de l'exécution des ses obligations onusiennes: en vertu du droit international, le membre devrait voir sa responsabilité internationale engagée. L'Etat lésé peut exiger réparation, voire même prendre des contre-mesures. L'article 103 joue ici le rôle de *lex specialis* au droit général relatif à la responsabilité internationale des Etats.

<sup>1794</sup> Si l'accord a pour objet de modifier la Charte dans les relations entre certaines parties, voir l'article 41 de la *CVDT*, mais la Charte ne prévoit pas une telle possibilité.

<sup>1795</sup> Voir, par exemple, la Résolution 670 du Conseil de sécurité, 25 septembre 1990, §§ 1 et 3: « ...*nonobstant l'existence de droits ou d'obligations conférés ou imposés par tout autre accord international.* » Le Conseil se borne à imposer sa décision, indépendamment de l'existence d'obligations contraires, mais rien n'induit que ces dernières se voient invalidées

Bien que non inclus dans les *articles sur la responsabilité internationale des Etats* en tant que « circonstance excluant l'illicéité », l'article 103 produit les mêmes effets, à savoir laver le comportement de son caractère illicite. Ceci peut être, à nouveau, justifié par la nécessité de maintenir le système instauré par la Charte.<sup>1796</sup> Le membre ne sera pas tenu pour responsable au plan international, mais le non-membre conserve son droit à obtenir réparation pour les dommages causés.<sup>1797</sup>

En conclusion, la conception, qui restreint la portée et les effets juridiques de l'article 103 sur les accords contraires, est à retenir. La disposition mène à l'inopposabilité d'autres obligations conventionnelles des Membres des Nations Unies, mais n'affecte aucunement leur validité. D'ailleurs, une obligation incompatible pourra retrouver sa pleine application une fois le conflit résolu.<sup>1798</sup> Cette approche est confirmée par le texte même de la *CVDT*, qui mentionne uniquement

---

<sup>1796</sup> « *It is of importance that States should not be subjected to legal liabilities under treaties or other international agreements as a consequence of carrying out United Nations collective measures.* », *Commission des mesures collectives pour le renforcement du système de sécurité collective des Nations Unies de l'Assemblée générale*, Répertoire ONU, VI., pp. 331-332. **Voir note de bas de page 1657 et infra section IV. C. 3. b.**

De plus, si un membre respecte une résolution du Conseil de sécurité, qui le contraint à ne pas respecter une autre obligation: on pourrait soutenir que la violation est attribuable au Conseil de sécurité, et non à l'Etat. Cette approche est soutenue dans *l'affaire Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft vs. le Conseil de l'Union européenne et la Commission des Communautés européennes*, Tribunal de première instance, Affaire N° T-184/1995, arrêt du 28 avril 1998, § 74: « (...) le préjudice invoqué ne saurait être attribué à l'adoption du règlement (...), mais à la Résolution 661 du Conseil qui a décrété l'embargo sur l'Irak. » Voir aussi, *affaire Elliniki Viomichania Oplon AE (EVO) contre le Conseil de l'Union européenne et la Commission des Communautés européennes*, Tribunal de première instance, Affaire N° T-220/1996, arrêt du 24 avril 2002, § 35.

Le Rapporteur Waldock s'exprima en ces termes dans le Troisième Rapport sur le droit des traités, UN Doc. A/CN.4/167, 1964, §§ 36-37: « *The more general opinion...seems to be that, while article 103 precludes the Member State from executing the treaty which is inconsistent with the Charter, the non-member remains entitled to hold the Member responsible for a breach of the treaty...* » Il conclut toutefois en affirmant qu'il n'était pas du ressort de la Commission du droit international d'interpréter les dispositions de la Charte.

<sup>1797</sup> Voir l'article 59 et son Commentaire du *Texte d'Articles sur la Responsabilité internationale des Etats pour fait internationalement illicite*, « 1) Selon l'Article 103 de la Charte, «...en cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront». L'Article 103 est centré sur les obligations conventionnelles non compatibles avec les obligations découlant de la Charte. Mais de tels conflits peuvent avoir une incidence sur des questions régies par les articles, par exemple celles qui se sont posées dans les affaires Lockerbie. Plus généralement, les organes compétents des Nations Unies ont souvent recommandé ou demandé qu'une indemnisation soit versée par suite du comportement d'un État décrit comme constituant une violation de ses obligations internationales, et l'Article 103 peut avoir un rôle à jouer en l'occurrence.

2) *L'article 59 stipule en conséquence que les articles ne peuvent affecter la Charte des Nations Unies et sont sans préjudice de celle-ci. Les articles doivent à tous égards être interprétés conformément à la Charte des Nations Unies.*»

<sup>1798</sup> KOPELMANAS, Lazare, *L'Organisation des Nations Unies- L'Organisation constitutionnelle des Nations Unies...*, p. 183. Et: « *Article 103 does not affect the legal validity of the obligation which may not be performed, nor the legal validity of the other agreement in which the obligation originates; it only suspends, for the duration of the obligation under the Charter, the performance of some or all obligations which the other agreement creates.* », ZEMANEK, Karl, «The Legal Foundations of the International System...», p. 230; WOOD, Michael, «The UN Security Council and International Law», *Hersch Lauterpacht Memorial Lectures*, University of Cambridge, 7-9 novembre 2006, at [http://www.lcil.cam.ac.uk/lectures/2006\\_sir\\_michael\\_wood.php](http://www.lcil.cam.ac.uk/lectures/2006_sir_michael_wood.php), consulté le 15 juin 2010. First lecture, «The Legal Framework of the Security Council», p. 19: « (...) *The effect of the article is not to invalidate the conflicting obligation, but merely to set it aside to the extent of the conflict. (...) Any other position, for example, that the conflicting obligation is or becomes void, is not borne out in practice and in most cases would make no sense. (...)*

la nullité comme sanction, en cas de violation d'une norme de *jus cogens*. Cette conséquence n'est pas prévue pour les accords incompatibles avec la Charte. L'article 30§1 de la *CVDT* mentionne la priorité de la Charte, mais rappelons que la disposition se trouve dans la partie concernant l'application des traités successifs portant sur la même matière, qui ne part pas du postulat de l'invalidité de l'ensemble du traité contraire. La question considérée concerne un problème de priorité d'application et de responsabilité et non de validité.<sup>1799</sup> Bien qu'il ait été présupposé que la formulation de l'article 103 était relativement claire, la signification de l'article varie passablement. Son champ d'application et ses conséquences sont, à la lumière de notre examen, souvent interprétés de manières divergentes. La section suivante procédera à une confirmation de cette dimension contingente, en présentant les diverses approches jurisprudentielles de la disposition.

### 3. Un article à interprétations multiples

L'article 103 pourrait être perçu, aux premiers abords, comme énonçant une règle juridique dotée d'un contenu précis et explicite, qui ne saurait être l'objet de controverses. *A priori*, celle-ci aurait pu faire partie de la catégorie qu'Oscar Schachter nomme « *specific rules* »:

« *They [specific rules] contain key terms and expressions, the meaning of which is generally taken for granted in almost all cases which arise....but, such precision is nevertheless always open to question.* »<sup>1800</sup>

Il a pu être démontré que la doctrine et la jurisprudence ont interprété cette disposition de manière fort différente selon le contexte. La lecture et la perception de l'article 103 ont évolué avec les changements subis par l'ordre juridique international, tant en raison de la fragmentation de ce dernier, que de l'élargissement des pouvoirs du Conseil de sécurité et de son action dans la lutte contre le terrorisme et les autres menaces à la paix. Les termes, apparemment limpides, de l'article 103 ne sont qu'une partie de la réponse: l'interprétation des articles de la Charte est en grande partie soumise à aux conséquences qu'elle engendrera sur la réalisation des buts et des principes de celle-ci à un moment précis.<sup>1801</sup> Toutefois, les éléments qui ont guidé l'interprétation de l'article

---

*the effect of article 103 is not to void the provisions of [the incompatible agreement], but merely to give priority the Charter obligations while they subsist.* »

<sup>1799</sup> *Troisième Rapport du Rapporteur Sir H. Waldock*, Un Doc. A/CN.4/167, mars-juillet 1964, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1964, vol. II, p. 40, §§ 33-35 et : «... l'article 103 de la Charte des Nations Unies...ne déclare pas comme non valide les traités conclus entre Etats membres, qui seraient en conflit avec la Charte. », *Annuaire de la Commission du droit international*, 1958, vol. II, p. 44. Idem, pour le Rapporteur Waldock, voir **note de bas de page 1645**.

<sup>1800</sup> SCHACHTER, Oscar, « Interpretation of the Charter in the Political Organs of the United Nations », in ENGEL, Salo, METALL, Rudolf A., *Law, State and International Legal Order. Essays in Honor of Hans Kelsen*, Knoxville, University of Tennessee Press, 1964, p. 275

<sup>1801</sup> « *Always of capital importance in the interpretation of a treaty such as the Charter is the master idea or fundamental conception that led to its conclusion.* », DE VISSCHER, Charles, *Theory and Reality in Public International Law*, traduit par Percy Ellwood Corbett, Princeton NJ, Princeton University Press, 1968, p. 253

103 ne relèvent pas uniquement de considérations téléologiques: les postulats de départ sur lesquels se basent les instances, relativement à la nature du système juridique international, ont également leur influence.

Certes, la pleine réalisation de l'objet et du but de la *Charte des Nations Unies* est un facteur important dans la compréhension de l'article 103 et a fréquemment mené à une extension du champ d'application et des effets de ce dernier, tout comme certaines interprétations qui prennent en compte l'intention des rédacteurs en 1945.<sup>1802</sup> De plus, le choix de la grille de lecture dépend de sa possible validation et justification au regard des valeurs « collectives », exprimées en droit positif au sein de la Charte, d'où l'importance de l'article 103 comme mécanisme d'imposition de valeurs et de protection d'intérêts communs.<sup>1803</sup> Il a pu être entrevu ci-dessus que les tenants de l'approche « constitutionalisante » ont, eux aussi, octroyé à l'article de larges effets, tentant de faire de la Charte un instrument indérogeable et absolu. D'autres facteurs expliquent les divergences d'interprétation, celle-ci étant souvent liée à des questions d'utilité et de logique:

« [But] logic is a tool of interpretation, not a mean for creating new obligations. And the wording of 103 is just the way it is. »<sup>1804</sup>

L'article 103 est une illustration parfaite du processus de fragmentation existant, tant au niveau de la doctrine et de la théorie, qu'au niveau de la multiplication des instances (quasi)-juridictionnelles. Chaque « communauté » se doit de donner une interprétation correcte et légitime de la règle, au regard des valeurs et intérêts qu'elle vise à protéger et de la perception qu'elle a de son environnement.<sup>1805</sup> L'interprétation de l'article 103 est également fortement influencée par la conception de l'ordre juridique international adoptée. Une lutte évidente s'est établie autour de la signification devant être donnée à cet article.<sup>1806</sup> Les instances qui ont explicitement mentionné

---

<sup>1802</sup> « Overall, it may be said that the provision should not be interpreted narrowly, if it is to have the effect intended by the drafters of the Charter. », WOOD, Michael, «The UN Security Council and International Law»,...First lecture,... «The Legal Framework of the Security Council», p. 19

<sup>1803</sup> Voir *infra* **partie IV. C. 4.**

<sup>1804</sup> ZEMANEK, Karl, «The Legal Foundations of the International System...», p. 232

<sup>1805</sup> Le terme de communauté est à saisir au sens de communauté interprétative, notion développée par Stanley Fish, voir le chapitre introductif, **note de bas de page 87**. Et: « I refer to the *Mox Plant Case* as an illustration of what is happening today to public international law, the way in which it is being sliced up into regional or functional regimes that cater for special audiences with special interests and special ethos...This meant, the Tribunal [reference to the *Arbitral Tribunal set up in the Mox Plant Case*] held, that the application of even the same rules by different institutions might be different owing to the “differences in the respective context, object and purposes, subsequent practice of parties and travaux préparatoires”. », KOSKENNIEMI, Martti «International Law, Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education», *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, 2007, pp. 2-4 et *affaire de l'Usine Mox Plant, Demande en prescription de mesures conservatoires*, Tribunal international du droit de la mer, *Irlande v. Royaume-Uni*, Ordonnance du 3 décembre 2001, § 50.

<sup>1806</sup> KOSKENNIEMI, Martti, «International Law, Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education»,..., p. 7: « Differentiation does not take place under any single political society. Instead it works through struggle in which every purpose is hegemonic in the sense of seeking to describe the social world through its own vocabulary so that its own expertise would apply and its structural bias would become the rule. The “wide reading of

l'article 103 ou y ont fait une référence implicite, ont employé ce dernier d'une manière qui reflète leur approche concernant le statut de la Charte, ainsi que leur conception des relations entre les ordres juridiques et les obligations qui en découlent. Tout naturellement, la Cour internationale de Justice, en tant qu'organe onusien, a défendu l'ordre institué par la Charte et a constamment affirmé la primauté de celle-ci sur toute obligation incompatible, notamment dans les *affaires Nicaragua et Lockerbie*.

Le Comité des droits de l'homme, bien que devant assurer le respect du *PIDCP*, s'est partiellement soumis aux diktats de 103, ce qui peut paraître normal, vu qu'il est également un organe créé dans le cadre onusien. Dans l'*affaire Sayadi*,<sup>1807</sup> le Comité a reconnu avoir la compétence pour contrôler les mesures nationales prises conformément à des résolutions contraignantes du CdS. Le Comité a contourné la question d'une éventuelle hiérarchie, en traitant la question comme une incompatibilité entre une mesure nationale de mise en œuvre d'une résolution du CdS et le *Pacte*.<sup>1808</sup> Il a tout de même condamné la Belgique, ce qui peut paraître, à première vue, être une position courageuse.<sup>1809</sup> Le Comité n'a cependant pas consacré la primauté absolue des décisions du Conseil sur la base de l'article 103 et a préféré contourner la question en ayant recours à l'article 46 du *PIDCP*:

«10.3 ...there is nothing in this case that involves interpreting a provision of the Covenant as impairing the provisions of the Charter. The case concerns the compatibility with the Covenant of national measures taken by the State party in implementation of a Security Council resolution. »

---

*security*” by the Security Council is one example. “Sustainable development” is still a fragile compromise between development and environmental experts (...). »

<sup>1807</sup> *Sayadi*, Comité des droits de l'homme, 22 octobre 2008. Il était question de violations des droits du plaignant, en vertu du *PIDCP*, suite à la mise en œuvre par la Belgique des résolutions du CdS 1267 et suivantes.

<sup>1808</sup> § 10.3: « *The case concerns the compatibility with the Covenant of national measures taken by the State party in implementation of a Security Council resolution.* »

<sup>1809</sup> A nouveau, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* peut être vu comme un ensemble d'obligations à la charge des Etats découlant directement de la Charte, donc le conflit se situe entre des obligations issues de cette dernière. Notons que le Comité n'a pas employé 103 dans l'*affaire Sayadi* comme fondement de la décision. L'article fut pourtant mentionné par la Belgique, afin de justifier son comportement, ayant entraîné la limitation des droits des plaignants. Cette omission volontaire est due à la volonté du Comité de ne pas aborder de front la question de la primauté des obligations onusiennes sur le *Pacte*, ne désirant probablement pas défier le Conseil de sécurité, ni soumettre totalement les droits de l'homme aux exigences de la lutte contre le terrorisme. Le Comité a conclu à la violation des articles 12 (liberté de circulation) et 17 (droit à la vie privée) du *Pacte* par la Belgique. Voir les réactions des membres du Comité, qui ont fortement critiqué l'omission de l'article 103. Notamment, *Individual opinion (partly dissenting) by Committee members Sir Nigel Rodley, Mr. Ivan Shearer and Ms. Iulia Antoanella Motoc*: «*We acknowledge, of course, that the authors may have been unjustly harmed by operation of the extravagant powers the Security Council has arrogated to itself, including the obstacles it has created to the correction of error. It is more than a little disturbing that the executive branches of 15 Member States appear to claim a power, with none of the consultation or checks and balances that would be applicable at the national level, to simply discard centuries of States' constitutional traditions of providing bulwarks against exorbitant and oppressive executive action. However, the Security Council cannot be impleaded under the Covenant, much less the Optional Protocol.* »

Le Comité conclut que l'article 46 n'était pas pertinent en l'espèce et se plaça sous l'angle des limitations aux droits, pour déterminer l'existence ou non de violations.<sup>1810</sup> Notons que l'organe n'a en aucun cas procédé à un contrôle direct sur la résolution du CdS en cause. Evidemment, le *PIDCP* n'est pas un instrument indépendant de la *Charte des Nations Unies*, et pour cette raison, le Comité a considéré l'obligation des Etats de se conformer aux résolutions du Conseil comme inhérente au Pacte. Il est à regretter que le Comité n'ait pas entrepris un examen de la licéité de la résolution, tout du moins au regard du *jus cogens* et du droit de la Charte, au lieu de se limiter exclusivement à une analyse de la mesure nationale.

Les instances européennes ont elles aussi montré des divergences dans les interprétations qu'elles ont fournies de l'article 103. La Cour européenne des droits de l'homme, dans les divers cas qui lui ont été soumis, relativement à des allégations de violations de la *CEDH* dans le cadre de la mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité concernant la lutte contre le terrorisme ou dans le cas de sanctions imposées à la RFY, a adopté une interprétation résolument téléologique, l'article 103 ayant pour but de réaliser l'objectif principal de la Charte, à savoir le maintien de la paix et de la sécurité. La Cour européenne voit son autorité dériver de la même source que les autres institutions et organes de l'ONU, le droit international.<sup>1811</sup> Il lui est difficile de reconnaître qu'elle est intégrée à un ordre juridique autonome. Ceci explique la déférence de la Cour à « à l'ONU en tant qu'organisation à vocation universelle remplissant un objectif impératif de sécurité collective »,<sup>1812</sup> ainsi qu'à l'autorité du CdS. Les juges de Strasbourg, dans l'affaire *Behrami-*

---

<sup>1810</sup> «§10.7: The Committee notes that the obligation to comply with the Security Council decisions adopted under Chapter VII of the Charter may constitute a "restriction" covered by article 12, paragraph 3, which is necessary to protect national security or public order. »

<sup>1811</sup> « [The European Court of Human Rights] positions itself as a specialized regional tribunal established under international law and as part of an international landscape in which the UN is the ultimate global forum for transnational cooperation in pursuit of collective security, whose authority should not be open to question by a regional human rights tribunal, and whose acts should not be subjected to the conditions contained in the ECHR. », DE BURCA, Grainne, «The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi», ..., p. 31

<sup>1812</sup> *Affaire Behrami-Saramati*, Cour européenne des droits de l'homme, § 151. Cette affaire traite deux cas joints portés devant la Cour de Strasbourg à l'encontre des Etats participants à la KFOR au Kosovo. Des agents d'Etats parties à la *CEDH* agirent en dehors de leur territoire en vertu d'une résolution contraignante du CdS. La Cour devait se prononcer sur le fait de savoir si la Résolution 1244 du Conseil de sécurité permettait la détention préventive sans contrôle judiciaire. La Cour a insisté sur le rôle central des Nations Unies dans le maintien de la paix, §§147-149 de la même décision: «§ 149. Les opérations mises en œuvre par les résolutions du Conseil de sécurité en vertu du chapitre VII de la Charte de l'ONU sont fondamentales pour la mission de l'ONU consistant à préserver la paix et la sécurité internationales, et s'appuient, pour être effectives, sur les contributions des Etats membres. Par conséquent, la Convention ne saurait s'interpréter de manière à faire relever du contrôle de la Cour les actions et omissions des Parties contractantes couvertes par des résolutions du Conseil de sécurité et commises avant ou pendant de telles missions. Cela s'analyserait en une ingérence dans l'accomplissement d'une mission essentielle de l'ONU dans ce domaine, voire, comme l'ont dit certaines des parties, dans la conduite efficace de pareilles opérations. Cela équivaldrait également à imposer des conditions à la mise en œuvre d'une résolution du Conseil de sécurité qui n'étaient pas prévues par le texte de la résolution lui-même. (...) » Les droits de l'homme sont en quelque sorte sacrifiés au nom de la sécurité collective. Repris dans l'affaire *Beric*, Cour européenne des droits de l'Homme, 16 octobre 2007. Ici, les plaignants furent renvoyés de positions officielles qu'ils occupaient en Bosnie, par ordre du

*Saramati*, ont évité tout jugement sur le fond relativement à la légalité de l'action des organes onusiens, en rejetant leur compétence *ratione personae* pour juger des affaires, les actes étant imputables à l'ONU, et non aux Etats. La Cour a sagement évité de se prononcer sur les relations entre résolutions du CdS et la *CEDH*, en élaborant une règle originale, mais totalement erronée, d'imputabilité, qui a mené à attribuer les actes des Etats membres de l'OTAN aux Nations Unies. La Cour s'est naturellement déclarée incompétente pour contrôler tous les actes et omissions couverts par les résolutions du Conseil (1244), sur la base de la primauté de l'ordre onusien et de sa mission. On se serait attendu néanmoins à plus de distance de la Cour, et à une plus grande indépendance de celle-ci: en effet, elle a été instituée pour défendre son instrument et garantir le respect de celui-ci; mais, elle a choisi de promouvoir les valeurs de maintien de la paix et de sécurité collective, en évitant de se confronter à la question du conflit de normes et traiter directement des effets de 103.<sup>1813</sup> Cette attitude ambiguë révèle une réticence à affirmer une primauté absolue des résolutions du Conseil sur la *CEDH*, l'instrument constitutionnel de l'ordre public européen, car ceci créerait un précédent dangereux, parallèlement au refus de défier frontalement l'autorité du CdS et d'interférer dans sa mission.

L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'*affaire Al-Jedda* représente un des cas les plus importants sur lequel les juges de Strasbourg, réunis en Grande Chambre, ont eu à se prononcer relativement aux relations entre le régime de la *CEDH* et celui de la Charte et la fonction de l'article 103 à cet égard.<sup>1814</sup> La Chambre des Lords britannique, qui fut saisie en 2007,

---

Haut-représentant. Ce dernier fut élu sur la base de la Résolution-Chapitre VII 1031 du CdS. A nouveau, la CrEDH jugea que la plainte était irrecevable *ratione personae*, les actes étant attribuables à l'ONU: le CdS avait délégué ses pouvoirs, tout en maintenant un certain degré de contrôle sur les pouvoirs du Haut-représentant. L'Etat bosniaque n'avait, quant à lui, aucun contrôle, ni aucune relation avec le Haut-représentant. Ceci entraîna le refus d'examiner la compatibilité des résolutions du CdS avec les standards de protection des droits de l'homme.

<sup>1813</sup> La Cour affirme néanmoins que la *CEDH* a été adoptée pour la mise en œuvre collective de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*. Elle reconnaît donc implicitement que les valeurs communautaires et celles sous-tendant la Charte sont identiques. *Affaire Behrami- Saramati*, § 147

<sup>1814</sup> Cour européenne des droits de l'homme, *Affaire Al-Jedda v. Royaume-Uni*, Requête 27021/08, Arrêt du 7 juillet 2011.

Sans entrer dans les détails de l'opinion de la Chambre des Lords en l'affaire *Al-Jedda*, rappelons que ce cas traite de la question de la possibilité pour les troupes britanniques stationnées en Irak de détenir, détention administrative et sans contrôle judiciaire, des personnes menaçant la sécurité du pays, en se basant sur la Résolution 1546 adoptée par le CdS le 8 juin 2004. M. Al-Jedda fut emprisonné en octobre 2004 et sa détention fut périodiquement révisée. Le plaignant alléguait une violation de l'article 5§1 de la *CEDH*, à savoir de son droit à la liberté et à la sûreté, (droit incorporé en droit britannique par le *Human Rights Act* de 1998, ci-après *HRA*). L'article 5 ne permet pas la détention pour des motifs sécuritaires, à moins que l'Etat y déroge officiellement. Le gouvernement répliqua que, d'une part la *CEDH* et le *HRA* ne s'appliquaient pas extra-territorialement, argument qui fut retiré; et d'autre part, que la détention était autorisée par une résolution du CdS, qui prévalait sur l'article 5§1, en vertu de l'article 103. House of Lords, *Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the Cause R (on the Application of Al-Jedda) (FC) (Appellant) v. Secretary of State for Defence (Respondent)*, Appellate Committee, cf. **notes de bas de page 1674 et 1681**. Concernant cette affaire, voir: ORAKHELASHVILI, Alexander, «R (On the Application of Al-Jedda) (FC) v. Secretary of State for Defence 2007», *American Journal of International Law*, vol. 102, 2008, pp. 337-345; WOOD,

avait majoritairement soutenu que la Résolution 1546 du Conseil de sécurité prévalait sur l'article 5 de la *CEDH*, en vertu des articles 25 et 103 de la Charte et qu'elle permettait à la « (...) *multinational force [shall have the authority] to take all necessary measures to contribute to the maintenance of security and stability in Iraq* ». <sup>1815</sup> Les Lords avaient en majorité abordé la question sous l'angle d'un conflit entre des obligations internationales conventionnelles à la charge du Royaume-Uni et la Charte. Celle-ci fut logiquement considérée comme primant sur tout autre traité international, quelle que soit sa nature. <sup>1816</sup> L'article fut explicitement mentionné, afin de prouver, que les droits issus de la *CEDH*, en l'espèce l'article 5, étaient qualifiés par la Résolution 1546 du Conseil de sécurité: la détention fut considérée comme une limitation acceptable au droit, dans la mesure où elle servait l'objectif de ladite résolution, à savoir préserver un environnement sécurisé. <sup>1817</sup>

La Cour de Strasbourg n'a pas considéré jusqu'à présent la *CEDH* comme un régime autonome, mais comme un traité interétatique classique, créature dépendante du droit international. L'enjeu principal de l'Affaire *Al-Jedda* était de savoir si la Cour aurait la volonté d'imposer ses valeurs, aux dépens des préoccupations de sécurité internationale et ainsi, mettre un terme à sa position habituelle de sujétion par rapport au droit des Nations Unies. L'arrêt révèle une timide volonté de la Cour de s'affranchir de cette tutelle, tout en restant extrêmement prudente quant à une éventuelle remise en cause de la licéité des décisions du CdS. <sup>1818</sup>

Après avoir reconnu l'imputabilité de l'internement du requérant aux forces britanniques, se détachant ainsi de son approche adoptée dans *l'affaire Behrami-Saramati*, la Cour entreprit d'examiner si la Résolution 1546 du CdS entraînait en conflit avec les obligations du Royaume-Uni issues de la *CEDH*, notamment de l'article 5§1: ladite résolution obligeait-elle l'Etat à violer ses engagements et à interner le plaignant? Les juges décidèrent de baser leur interprétation sur la

---

Michael, «Detention During International Military Operations: Article 103 of the UN Charter and the Al-Jedda Case», *Revue de Droit Militaire et de la Guerre*, vol. 47/1-2, 2008, pp. 140-160

<sup>1815</sup> § 10, § 118 et § 133: «118. I would accordingly have held that, by virtue of articles 25 and 103 of the Charter, the obligation of the United Kingdom forces in the MNF to detain the appellant under Resolution 1546 prevailed over the obligations of the United Kingdom under article 5(1) of the Convention (...).

133. The Secretary of State's case was therefore that the United Kingdom was under an obligation imposed by the United Nations under Chapter VII of the Charter to take such steps as are necessary to restore and maintain peace and security following the armed insurrection consequent upon the invasion of Iraq. This obligation overrode the United Kingdom's obligations under article 5(1) of the Convention."

<sup>1816</sup> § 35: «Emphasis has often been laid on the special character of the European Convention as a human rights instrument. But the reference in article 103 to "any other international agreement" leaves no room for any excepted category, and such appears to be the consensus of learned opinion (...). »

<sup>1817</sup> § 27 du jugement.

<sup>1818</sup> § 76 de l'arrêt de la Cour européenne: «Ce faisant, la Cour gardera à l'esprit qu'il ne lui appartient pas d'interpréter, par voie d'autorité, le sens et la portée des dispositions de la Charte de l'ONU...»

présomption de compatibilité entre les décisions du Conseil et les obligations internationales en matière de protection des droits de l'homme, au vu de l'absence d'une mention clairement exprimée exigeant des Etats qu'ils prennent des mesures « *susceptibles d'entrer en conflit avec leurs obligations* ». <sup>1819</sup> L'expression « toutes les mesures nécessaires » incluse dans la Résolution 1546 laisse aux Etats membres de la coalition la liberté de choisir les moyens indispensables à la préservation de l'ordre en Irak, mais le Préambule de la Résolution demande aux Etats de se conformer au droit international. D'où la conclusion suivante:

*« En définitive, la Cour considère donc que la Résolution 1546 du Conseil de sécurité, en son paragraphe 10, autorisait le Royaume-Uni à prendre des mesures pour contribuer au maintien de la sécurité et de la stabilité en Iraq, mais que ni cette résolution ni aucune autre résolution adoptée ultérieurement par le Conseil de sécurité n'imposait expressément ou implicitement au Royaume-Uni d'incarcérer, sans limitation de durée ni inculpation, un individu qui, selon les autorités, constituait un risque pour la sécurité en Iraq. En l'absence d'obligation contraignante de recourir à l'internement, il n'y avait aucun conflit entre les obligations imposées au Royaume-Uni par la Charte et celles découlant de l'article 5 § 1 de la Convention. »* <sup>1820</sup>

Les juges estimèrent que le droit de M. Al-Jedda de ne pas être privé arbitrairement de sa liberté et de sa sûreté avait été violé. L'article 103 ne trouva pas application, car il n'y avait aucune contradiction entre les obligations à la charge des autorités. Cependant, cet arrêt n'exclut pas totalement la possibilité pour le Conseil de sécurité d'imposer aux Etats de violer leurs engagements issus de la *CEDH*, si cela est nécessaire à la réalisation de ses objectifs. En présence d'une réelle incompatibilité, la Charte pourrait primer sur les obligations contraires. La Cour n'a pas repris l'argument des plaignants, qui ont décrit la *CEDH* comme l'instrument constitutionnel de l'ordre public européen. <sup>1821</sup> L'intégrité de la Convention est assurée en l'espèce, mais contrairement aux instances européennes dans *Kadi*, la Cour n'a pas osé affirmer l'autonomie totale de son régime par rapport à celui de la Charte et, par conséquent, ne garantit pas la prévalence absolue des valeurs qu'elle se doit de protéger sur les considérations sécuritaires. Il

---

<sup>1819</sup> § 102 et § 105: « *En l'absence d'une disposition claire en sens contraire, il faut présumer que le Conseil de sécurité entendait que les Etats membres de la force multinationale contribuent au maintien de la sécurité en Irak en respectant leurs obligations découlant du droit international relatif aux droits de l'homme.* »

<sup>1820</sup> § 109

<sup>1821</sup> « *...the constitutional instrument of the European public order and a self-contained regime, which could give way to norms only through a derogation.* », disponible at,

[http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Press/Multimedia/Webcasts+of+public+hearings/webcastFR\\_media?&p\\_url=20100609-1/fr/](http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Press/Multimedia/Webcasts+of+public+hearings/webcastFR_media?&p_url=20100609-1/fr/), consulté le 21 mars 2011

Déjà affirmé par la Cour européenne des droits de l'homme, lors de l'affaire *Loizidou v. Turquie*, Exceptions préliminaires, Requête 15318/89, arrêt du 23 mars 1995, § 93: « *En examinant cette question, la Cour doit tenir compte de la nature particulière de la Convention, instrument de l'ordre public européen pour la protection des êtres humains et de sa mission, fixée à l'article 19 (art. 19), celle d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties Contractantes" à la Convention.* » Egalement réitéré dans l'affaire *Bosphorus Hava Yollari Turzim ve Ticaret Anonim Sirketi v. Irlande*, Requête 45036/98, arrêt de la Grande Chambre du 30 juin 2005, § 156. Notons par contraste, que l'Avocat Général Maduro dans son opinion relative à l'affaire *Kadi* a assimilé la EU/EC à un ordre juridique constitutionnel et indépendant, par opposition à la *CEDH*, qui « *is designed to operate primarily as an interstate agreement which creates obligations between the Contracting Parties at the international level.* », *Opinion of Advocate General Poiras Maduro delivered on 16 January 2008, Case C-402/05 P, Yassin Abdullah Kadi v. Council of the European Union and Commission of the European Communities*, § 37.

demeure néanmoins intéressant de constater que le raisonnement juridique repose sur la notion de conflit, rappelant ainsi le pré-requis essentiel pour déclencher l'application de l'article 103.

Dans le cadre des communautés européennes,<sup>1822</sup> le raisonnement du Tribunal de première instance, notamment dans les *affaires Kadi* et *Yusuf*, fut basé sur la hiérarchie traditionnelle existante, l'ordre européen étant un système régional soumis à l'ordre international mis en place par la Charte.<sup>1823</sup> Cette attitude formelle ne voit pas l'ordre communautaire comme indépendant, l'article 103 étant uniquement employé pour soutenir cette conclusion. La régulation attaquée mettait en œuvre les résolutions du CdS, notamment la Résolution 1267. Il fut considéré que les Etats membres et les institutions européennes n'avaient aucune marge de manœuvre dans cet exercice (§ 213-214). Le refus de soumettre les résolutions du Conseil de sécurité aux standards communautaires en matière de droits de l'homme fut fondé sur un amalgame entre l'article 103, le droit de l'UE et l'article 27 de la *CVDT*. L'article 103 ne peut aucunement expliquer ce refus, car la Chambre s'engagea tout de même dans une procédure de contrôle vis-à-vis du *jus cogens*. L'article 103 servit exclusivement à justifier la primauté des résolutions du Conseil sur le droit communautaire et éviter toute appréciation sur la relation entre les régimes.<sup>1824</sup>

Au contraire, la CJCE a adopté par la suite une approche, que l'on peut désigner de pluraliste, en acceptant que plusieurs systèmes et sources de droit international puissent coexister. La *Charte des Nations Unies* devient alors un traité international ordinaire. Les obligations issues de cette dernière et l'action du Conseil de sécurité ne peuvent affecter les principes fondamentaux et

---

<sup>1822</sup> Nous reviendrons plus en détails sur le raisonnement des instances européennes dans les trois *affaires Kadi*, *infra* **IV. B. 2. c.**

<sup>1823</sup> Voir § 231 *Yusuf*: le TPI soutint que les obligations des Etats membres de l'UE en vertu de la Charte « (...) au point de vue du droit international, les obligations des États membres de l'ONU au titre de la charte des Nations unies l'emportent incontestablement sur toute autre obligation de droit interne ou de droit international conventionnel, y compris, pour ceux d'entre eux qui sont membres du Conseil de l'Europe, sur leurs obligations au titre de la CEDH et, pour ceux d'entre eux qui sont également membres de la Communauté, sur leurs obligations au titre du traité CE. »

<sup>1824</sup> Voir également, l'*affaire Organisation des Moudjahidines du peuple d'Iran vs. Conseil de l'Union européenne*, Case T.228/02, Tribunal de première Instance, arrêt du 12 décembre 2006. Là, il est reconnu une marge de manœuvre aux institutions européennes: ce sont elles qui désignent les personnes qui doivent être inscrites sur les listes noires. Dans ce cas, elles ont l'obligation de respecter les principes et standards de l'UE. Vu que la régulation en cause ne respectait pas les droits fondamentaux, elle fut annulée (§§160-174). Dans le cas *Kadi*, les personnes étaient déjà désignées par le Comité des Sanctions des Nations Unies, d'où l'absence de liberté au niveau de la mise en œuvre dans l'ordre interne. Plus récemment, l'*affaire Stichting Al-Aqsa vs. Conseil de l'Union Européenne*, Affaire T-327-03, 11 juillet 2007 et l'*affaire Sison vs. Conseil de l'Union Européenne*, Affaire T-47/03, 11 juillet 2007: le Tribunal de première instance souligna que, contrairement aux *affaires Kadi* et *Yusuf*, les résolutions du CdS pertinentes en l'espèce, notamment la Résolution 1373, ne spécifiait pas de manière individuelle les personnes, groupes ou groupes devant être soumis aux sanctions. De plus, le CdS n'a pas défini la procédure par laquelle les sanctions devaient être appliquées. Donc, vu que la CE exerçait des pouvoirs discrétionnaires dans ces cas-ci, elle devait respecter les droits et garanties judiciaires revenant aux individus et groupes visés. (*Affaire Sison*, § 149 et suivants.)

généraux du droit communautaire.<sup>1825</sup> La primauté absolue qui découlerait de 103, qui ne fut d'ailleurs jamais cité dans l'arrêt, s'arrête devant les principes essentiels de l'ordre européen, la Cour se dotant de la mission de faire respecter son droit, de contrôler les actes de ses organes, ainsi que de protéger les valeurs spécifiquement communautaires:

*« Il découle de l'ensemble de ces éléments que les obligations qu'impose un accord international ne sauraient avoir pour effet de porter atteinte aux principes constitutionnels du traité CE, au nombre desquels figure le principe selon lequel tous les actes communautaires doivent respecter les droits fondamentaux, ce respect constituant une condition de leur légalité qu'il incombe à la Cour de contrôler dans le cadre du système complet de voies de recours qu'établit ce traité. »<sup>1826</sup>*

Cette dernière remarque est à nuancer, car la Cour insista sur la primauté des obligations découlant de la Charte. La position de la CJCE fut confirmée lors d'un troisième arrêt Kadi rendu par la septième Chambre du Tribunal le 30 septembre 2010.<sup>1827</sup> La cadre constitutionnel du traité de la CE représente désormais:

*« § 119 (...) un ordre juridique purement autonome, non subordonné aux normes supérieures du droit international, en l'occurrence le droit issu de la Charte des Nations unies. »*

Tout acte communautaire, qu'il vise ou non la mise en application d'une décision du CdS, peut subir un contrôle complet de validité par les instances européennes, en tant que:

*«...l'expression, dans une communauté de droit, d'une garantie constitutionnelle découlant du traité CE en tant que système juridique autonome à laquelle un « accord international » ne saurait porter atteinte (point 316), et que, en conséquence, « les juridictions communautaires doivent, conformément aux compétences dont elles sont investies en vertu du traité CE, assurer un contrôle, en principe complet, de la légalité de l'ensemble des actes communautaires au regard des droits fondamentaux faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire, y compris sur les actes communautaires qui [...] visent à mettre en œuvre des résolutions adoptées par le Conseil de sécurité au titre du chapitre VII de la charte des Nations unies. »<sup>1828</sup>*

En confirmant le raisonnement de la CJCE, la Tribunal a réitéré une nouvelle fois, sans en faire mention, que l'article 103 ne saurait permettre au CdS, ni aux Etats européens, de prendre des mesures pouvant mener à des violations des principes fondamentaux de l'Union européenne, rappel qui pourrait mener à un changement profond dans les jurisprudences futures.

Finalement, au regard de l'examen de la jurisprudence des cours nationales, les lectures de l'article 103 ont également varié. Les instances nationales, après quelques jurisprudences timides,<sup>1829</sup> ont

---

<sup>1825</sup> *Affaire Kadi-Al Barakaat*, CJCE, §§ 305-309 : « 307. Ainsi, en vertu de cette disposition, si elle était applicable à la charte des Nations unies, cette dernière bénéficierait de la primauté sur les actes de droit communautaire dérivé (voir, en ce sens, arrêt du 3 juin 2008, *Intertanko e.a.*, C-308/06, non encore publié au Recueil, point 42 et jurisprudence citée). »

<sup>1826</sup> *Ibidem*, § 285.

<sup>1827</sup> *Affaire Yassin Abdullah Kadi contre la Commission européenne*, Affaire T-85/09, arrêt du Tribunal, septième chambre, 30 septembre 2010.

<sup>1828</sup> § 125 de *Kadi* 2010.

<sup>1829</sup> Voir l'arrêt du Tribunal fédéral suisse dans *Youssef Nada*, qui a traité de la demande d'effacement par le plaignant de son nom de la liste établie par le Comité des Nations Unies 1267, *supra* **note de bas de page 1679**. Le Tribunal

adopté une approche plus progressiste, qui se refuse à justifier, sur la base de l'article 103, des violations du droit international ou national commises par des autorités étatiques. Il faut être prudent avec les décisions des juridictions internes, car elles ne traitent pas directement de conflits entre les obligations découlant de la Charte et d'autres obligations internationales conventionnelles, mais concernent le plus souvent la licéité des mesures nationales de mise en œuvre.<sup>1830</sup> L'article 103 ne devrait pas trouver application, mais les affaires mentionnées *infra* permettent d'appréhender un changement d'attitude relatif à la Charte. En effet, il est affirmé que les Etats ne peuvent enfreindre leurs engagements juridiques uniquement au nom du maintien de la paix et de la sécurité et que l'article 103 ne régle pas les relations entre le droit international et le droit national.

L'article 103 fut parfois interprété de manière large: « *Article 103 should not be given a narrow, contract-based meaning* », selon les dires de Lord Bingham dans l'affaire *Al-Jedda* devant la Chambre des Lords.<sup>1831</sup> La disposition fut employée pour assurer une primauté absolue à la Charte, raisonnement fortement sous-tendu par des considérations sécuritaires, liées à la lutte contre le terrorisme: « *Al-Jedda is authority for the proposition that the SC can, by the passing of Chapter*

---

décida que les obligations de la Charte prévalaient sur les autres engagements de la Confédération suisse, excepté ceux issus de normes de *jus cogens*. Il a donné effet à la décision du Conseil, sans traiter de la question de la primauté du droit de la Charte sur le droit constitutionnel suisse (§ 6.2). Le contrôle fut donc limité à la conformité des mesures de mise en œuvre avec le *jus cogens*. (§§ 7-10) L'arrêt reconnut que la procédure de listage n'était pas conforme aux garanties judiciaires inscrites dans la constitution suisse, ainsi qu'aux traités internationaux en matière de droits de l'homme, mais le Tribunal se refusa à établir sa compétence pour exercer un contrôle sur l'action du CdS. (§8.3) Le seul remède identifié fut la mise en place d'un mécanisme de contrôle au sein des Nations Unies. *Youssef Nada vs. Secrétariat d'Etat à l'Economie et le Département Fédéral de l'Economie*, arrêt du Tribunal fédéral du 14 novembre 2007, cas n° 1A.45/2007/daa. Relevons que Mr. Nada a introduit une requête devant la Cour de Strasbourg le 18 février 2008. Invoquant l'article 5 § 1 et § 4 (droit à la liberté et à la sûreté), M. Nada soutient avoir été privé de sa liberté par les autorités suisses et n'avoir disposé d'aucune procédure effective par laquelle il aurait pu contester les entraves à sa liberté de circulation. Il estime en outre que les mesures litigieuses sont contraires à l'article 8 (droit au respect de sa vie privée et familiale). Enfin, il allègue une violation de l'article 13 (droit à un recours effectif), faute d'avoir disposé en Suisse d'un recours par lequel il aurait pu se plaindre de la méconnaissance des articles 5 et 8. Voir at <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=83712037&skin=hudoc-pr-fr&action=request>, consulté le 21 décembre 2011. La Chambre de la Cour s'est dessaisie de l'affaire au profit de la Grande Chambre. Dans l'affaire *Kadi v. Turkish Council of State*, 24 février 2006, Jugement en appel, E.2824/k.115, le Conseil d'Etat jugea que les obligations de la Charte primaient sur toute obligation. Le Conseil d'Etat ne s'intéressa aucunement aux limites pouvant exister dans la Constitution turque et ne se référa point aux des droits fondamentaux inclus dans la Constitution turque.

<sup>1830</sup> Les plaignants peuvent attaquer les mesures domestiques au regard du droit international, par exemple la *Convention européenne des droits de l'homme* (*Kadi et Yusuf* devant le Tribunal de première instance ou *Nada* devant le Tribunal fédéral suisse) ou le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (*A and others vs Netherlands*, LJN : BL1862/334949, NL 2010, 3 février 2010) ; ou sur la base du droit international coutumier ayant le statut de *jus cogens* (*Nada*) ; ou sur la base d'une combinaison entre le droit international et le droit national (*Abdelrazik v. Canada* ; *Kadi-Al-Barakaat* devant la Cour de justice des Communautés) ; finalement, uniquement au regard du droit national (*District of Columbia District Court, Kadi v. Paulson et al.*, 16 janvier 2009)

<sup>1831</sup> § 34 de l'affaire *Al-Jedda*.

N'oublions pas que la Grande-Bretagne est un membre permanent du Conseil de sécurité et voit son intérêt dans la préservation d'une autorité incontestée de celui-ci. Ce statut explique l'emphase mise sur l'article 103: « *Article 103 is the cornerstone of the UN Charter.* », WOOD, Michael, «The UN Security Council and International Law»,..., First lecture, «The Legal Framework of the Security Council», p. 15

*VII resolutions, effectively override international human rights law and member States' domestic human rights instruments- unless the right in question is jus cogens...»*<sup>1832</sup> D'autres affaires ont mené à un bouleversement de la perspective jusqu'alors majoritaire. Le cas *Abdelrazik v. Canada* concernait une allégation relative à la violation du droit du plaignant, en tant que citoyen canadien, de rentrer au Canada, droit dont il bénéficie en vertu de la Charte canadienne des droits et des libertés.<sup>1833</sup> Ce dernier fut listé en tant qu'associé d'Al-Qaïda par le Comité 1267 des Nations Unies et fut sujet à des restrictions de mouvement et au gel de ses avoirs. Il demanda à être retiré de cette liste, ce qui lui fut refusé. De plus, son passeport canadien ayant expiré lors d'un voyage au Soudan et les promesses de renouvellement n'ayant pas été remplies, il ne put rentrer au Canada. Il alléguait en outre avoir été torturé par les autorités soudanaises au cours de ses périodes de détention.

Lors de son intervention, le gouvernement canadien se basa notamment sur la tension existante entre *«the obligations of Canada as a member of the UN [United Nations Organization] to implement and observe its resolutions, especially those that are designed to ensure security from international terrorism and the requirement that in so doing Canada conform to the rights and freedoms it guarantees to its citizens»*.<sup>1834</sup> L'Etat défendeur insista sur le fait que tout acte visant la facilitation du retour de Mr. Abdelrazik mènerait à une violation par le Canada de ses obligations issues de la Résolution 1822, résolution ayant renouvelé et amendé la Résolution 1267. Par conséquent, ce n'était pas le Canada, mais les Nations Unies, agissant par l'intermédiaire du CdS, qui empêchaient le plaignant de rentrer, par l'inclusion de celui-ci sur la liste noire terroriste.

Le jugement rappela le manque de procédures juridiques et de garanties judiciaires à disposition des individus placés sur ladite liste: le régime 1267 fut désigné comme un *«denial of basic legal remedies and as untenable under the principles of international human rights. There is nothing in the listing or de-listing procedure that recognizes the principles of natural justice or that provides*

---

<sup>1832</sup> HUTCHINSON, Lise-Claire, «R (on the application of Al-Jedda vs. Secretary of State for Defence, 2007, UKHL, 58», *Australian International Law Journal*, vol. 14, 2007, p. 268

<sup>1833</sup> *Abdelrazik v. Canada (Minister of Foreign Affairs and the Attorney General)*, (ci-après *Abdelrazik*), Federal Court of Canada, 2009, T-727-08, FC 580, 2010, 1, Ottawa, mai-juin 2009. Le plaignant fut emprisonné au Soudan en 1989 après le coup d'Etat d'Al-Bashir. Il réussit à fuir au Canada, où il obtint la nationalité. En 2003, il fut accusé de participer à des activités terroristes. Il retourna au Soudan, où il fut détenu sur demande du Canada.

<sup>1834</sup> § 4. Voir § 3: *«Canada challenges that characterization of its conduct. It says that the impediment to Mr. Abdelrazik's return is not of its making but is that of the United Nations Security Council 1267 Committee [established pursuant to UN Security Council Resolution 1267 (1999)] which has listed Mr. Abdelrazik as an associate of Al-Qaida, thus making him the subject of a global asset freeze, arms embargo and travel ban.»*

*for basic procedural fairness*». <sup>1835</sup> Dans le cas d'espèce, il existait un véritable conflit normatif entre des obligations, mais il se situait entre les obligations du Canada en vertu de la Charte des droits et des libertés et les lois nationales de mise en œuvre des décisions du CdS, notamment les *United Nations Al-Qaeda and Taliban Regulations* (SOR/99-444). Le Tribunal fédéral estima que le Canada avait violé le droit constitutionnel du plaignant de retourner au Canada et ordonna que l'on fournisse au plaignant un passeport d'urgence. <sup>1836</sup> Tout comme dans l'Affaire *Kadi*, rien n'empêche un contrôle sur la manière de mettre en œuvre des décisions contraignantes du Conseil de sécurité au niveau national. L'action des Nations Unies est attaquée mais l'article 103 est mis à l'écart, car le conflit constaté ne se situe pas dans le champ d'application de la clause, malgré les arguments des autorités canadiennes. Néanmoins, le résultat issu du jugement peut être compris comme imposant au Canada d'enfreindre son obligation onusienne, en vertu de la Résolution 1822, ou tout du moins, à ne pas entièrement l'exécuter.

L'arrêt rendu en appel par la Cour suprême britannique dans l'Affaire *Ahmed and others* mena également à un contrôle sur des mesures internes d'exécution, le *Terrorism Order (TO)* et l'*Al-Qaeda and Taliban Order (AQO)*. <sup>1837</sup> D'emblée, un point fut clarifié: «*As article 103 is concerned only with treaty obligations between member states it says nothing about the relationship between the Charter and the rights and freedoms of individuals in domestic law*». <sup>1838</sup> Il revenait à la Cour de dire si les *Orders* étaient licites et respectaient les droits et libertés des plaignants. La majorité des juges aboutirent à la conclusion qu'ils avaient été adoptés *ultra vires*, car ils empêchaient la jouissance du droit à un recours effectif et du droit d'accès à un tribunal. <sup>1839</sup> Les deux *Orders* sont soumis à l'*United Nations Act de 1946*, qui ne permet pas aux autorités de supprimer les libertés individuelles. <sup>1840</sup> Il fut reconnu que l'*AQO* était défini par la Résolution 1267 du CdS, résolution qui ne laisse aucune marge de manœuvre aux Etats quant à la manière de la mettre en œuvre en

---

<sup>1835</sup> § 51 et § 53: «(...) *The 1267 Committee regime is, as I observed at the hearing, a situation for a listed person not unlike that of Josef K. in Kafka's The Trial, who awakens one morning and, for reasons never revealed to him or the reader, is arrested and prosecuted for an unspecified crime.*»

<sup>1836</sup> Il exigea de plus que Mr. Abdelrazik se présente à une date précise devant lui, ce qui ne laissa aucune marge de manœuvre aux autorités pour pouvoir adapter leur législation aux exigences constitutionnelles.

<sup>1837</sup> *Her Majesty's Treasury (Respondent) v. Mahammed Jabar Ahmed and others (FC) (Appellants), Her Majesty's Treasury (Respondent) v. Mohammed al-Ghabra (FC) (Appellant), R (on the application of Hani El Sayed Sabaei Youssef (Respondent) v. Her Majesty's Treasury (Appellant)*, Cour suprême du Royaume-Uni, arrêt du 27 janvier 2010, 2010, UKSC 2, on appeal from [2008] EWCA Civ. 1187. Il était question de la mise en œuvre en droit interne des résolutions du Conseil de sécurité (1267, 1822, 1333, 1373) visant la suppression et la prévention du financement et de la préparation d'actes terroristes, sur la base de deux *Orders* adoptés par le pouvoir exécutif, en 2006. Le *TO* met en œuvre la Résolution 1373 et l'*AQO*, la Résolution 1267.

<sup>1838</sup> § 11.

<sup>1839</sup> §§ 81-82. Voir aussi le raisonnement similaire développé dans *Hay v. HM Treasury and Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, High Court of Justice, Case N° CO/1200/2009, 2009 EWHC 1677, 1 juillet 2009.

<sup>1840</sup> *UN Act of 15 April 1946*: «*An Act to enable effect to be given to certain provisions of the Charter of the United Nations.* »

droit national, contrairement à la Résolution 1373, qui ne conditionne pas de manière stricte la conduite des Etats, qui ont, en conséquence, la possibilité de concilier leurs diverses obligations.<sup>1841</sup> Ceci signifie que le contrôle judiciaire exercé sur l'AQO, contrôle ayant constaté son illicéité, a entraîné la violation par le Royaume-Uni de ses engagements onusiens. Lord Brown, en opposition avec la majorité, refusa l'annulation des *Orders*, jugeant que cela équivalait à une transgression flagrante de la Charte.<sup>1842</sup> Le conflit juridique était présent, mais n'entraînait pas dans le champ de l'article 103. Le gouvernement britannique ne respecta pas ses obligations en matière de droits de l'homme et ce comportement ne pouvait être justifié par le fait qu'il découlait indirectement d'une injonction du CdS. Les juges ont volontairement évité de recourir à l'article 103, afin de faire obstacle au déploiement de ses effets: les droits allégués avoir été violés relèvent du droit interne et ne constituent pas des «obligations issues d'autres accords internationaux». Cette stratégie interprétative est développée à dessein pour ne pas enclencher la priorité découlant de l'article et ainsi, éviter un deuxième *Al-Jedda*.<sup>1843</sup>

Le jugement en appel devant la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine *Milorad Bilbija et al* mérite d'être mentionné dans le développement. Les deux plaignants furent renvoyés de leur position officielle et empêchés d'exercer toute fonction publique et politique en Bosnie et en Serbie, sur décision unilatérale du Haut Représentant des Nations Unies pour la Bosnie-Herzégovine.<sup>1844</sup> Ils alléguèrent des violations de leurs droits et libertés fondamentales en vertu de la *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)* et de la Constitution bosniaque.<sup>1845</sup> Après s'être déclarée compétente, la Cour affirma que le Conseil de sécurité avait adopté plusieurs résolutions, dont la Résolution 1722 du 21 novembre 2006, qui ont reconnu le pouvoir du Haut Représentant de prendre les décisions contraignantes nécessaires pour assurer l'implémentation de

---

<sup>1841</sup> Voir **note de bas de page 1824**, pour la distinction entre les divers types de résolutions et la manière de les mettre en œuvre.

<sup>1842</sup> § 204, Lord Brown: «*But in this case the Security Council by Resolution 1267 unambiguously stated what was required of the UK and the 1946 Act equally unambiguously provided that that measure could be implemented by Order in Council. There could surely be no political cost in doing what, unless we were flagrantly to violate our UN Charter obligations, the UK had no alternative but to do.*»

<sup>1843</sup> § 75: «*Two fundamental rights were in issue in G's case, and as they were to be found in domestic law his right to invoke them was not affected by article 103 of the UN Charter...*»; § 175: «*...the Court must proceed on the basis that, having regard to articles 25 and 103 of the Charter, the UK's obligations under the SCRs would trump any relevant obligations under the European Convention.*»

<sup>1844</sup> *Milorad Bilbija and Dragan Kalinic*, Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine, Case n° AP-953/05, 8 juillet 2006. Un des plaignants occupait le poste de *Deputy Head of the Operative Administration of the Intelligence and Security Agency* à Banja Luka et l'autre était *Chairman of the National Assembly of Republika Srpska and President of the Serb Democratic Party*. Les deux plaignants initièrent des procédures devant les juridictions internes, qui furent toutes rejetées : la Cour de Bosnie-Herzégovine et la Cour Suprême de la *Republika Srpska* décidèrent respectivement qu'elles n'avaient pas la compétence pour examiner les décisions émanant du Haut Représentant

<sup>1845</sup> Notamment leur droit à un procès équitable, leur droit au respect du principe *nulla poena sine lege*, leur droit à la liberté d'expression, leur droit à la liberté d'association et de réunion, le droit à la non-discrimination, leur droit à des élections libres et leur droit à un recours effectif.

l'Accord de Paix, ceci en vertu de l'interprétation donnée de *l'Annexe 10 de l'Accord-cadre général pour la paix de 1995*.<sup>1846</sup> Vint ensuite l'examen de l'article 103: la Cour rappela que l'article ne traite que des relations conflictuelles entre les obligations des Etats en tant que membres des Nations Unies et leurs autres engagements conventionnels internationaux.<sup>1847</sup>

Concédant la nature duale, internationale et nationale, de la Constitution, la Cour arriva toutefois à la conclusion que c'est en tant qu'instrument national qu'elle l'interprète et lui donne effet.<sup>1848</sup> Les relations entre le droit international, y compris le droit de la Charte, et le droit interne dépendent des dispositions constitutionnelles de chaque Etat. Elle distingua le cas d'espèce de la situation en droit britannique, où le *Human Rights Act* de 1998 constitue de l'« *ordinary law, which is not hierarchically superior to other acts of Parliament* », contrairement à la Bosnie, où les droits de l'homme sont inclus dans la Constitution.<sup>1849</sup> Finalement, elle réitéra l'obligation de l'Etat en vertu du droit international de coopérer avec le Haut Représentant et de respecter les décisions du CdS. Toutefois, ceci ne détermine en rien quels sont les droits constitutionnels des individus soumis à la juridiction de la Bosnie Herzégovine, car la source de l'autorité de ces droits dérive de la Constitution et non du droit international.<sup>1850</sup> Le conflit normatif se situait donc bien entre le droit constitutionnel de la Bosnie et une décision du Haut Représentant, dont la compétence découle d'un accord international, compétence subséquentement approuvée par le CdS. Il fut reconnu que les autorités ont manqué à leur devoir de garantir un droit de recours effectif aux plaignants contre les décisions du Haut Représentant, comme exigé par l'article 13 de la *CEDH* et par la disposition constitutionnelle équivalente. Comme dans les affaires précédentes, les juges ne laissèrent pas la possibilité à l'article 103 de faire obstacle à la compétence de la Cour de se prononcer sur une éventuelle violation des droits des plaignants. Les obligations onusiennes ne priment pas sur la Constitution bosniaque. Cet arrêt mena à une violente réaction du Haut Représentant, qui édicta une décision réduisant à néant les conclusions de la Cour constitutionnelle.<sup>1851</sup> Il est intéressant de noter que les deux «victimes» soumièrent le cas à la Cour européenne des droits de l'homme, qui se déclara incompétente. Les décisions du Représentant furent attribuées aux Nations Unies, la Cour

---

<sup>1846</sup> § 62: «(...) *In international law, the High Representative thus has power to make binding decisions, and authorities of Bosnia and Herzegovina have an obligation to co-operate with the High Representative, by virtue of both the General Framework Agreement for Peace and the Security Council Resolutions.*»

<sup>1847</sup> § 66: «(...) *It does not attempt (and indeed would be powerless to attempt) to determine the effect of any such conflict on the obligations of the authorities of Member States under their national, constitutional, legal order.* »

<sup>1848</sup> § 67

<sup>1849</sup> § 70

<sup>1850</sup> L'article 2 de la Constitution prévoit l'application directe de la *Convention européenne des droits de l'homme* sur le territoire.

<sup>1851</sup> *Order on the Implementation of the Decision of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina in the Appeal of Milorad Bilbija et al*, 23 mars 2007: la décision empêche l'introduction de tout recours relativement à une procédure de renvoi d'un poste officiel décidée par le Haut Représentant.

suivant le raisonnement adopté dans *Beric and others*.<sup>1852</sup> La plainte fut de ce fait considérée comme incompatible *ratione personae* en vertu de l'article 35§3 de la CEDH.

Dans ces trois affaires, le contrôle juridictionnel effectué par l'instance ne porte pas directement sur la validité des résolutions onusiennes, mais sur la conformité des mesures nationales, donnant effet à celles-ci avec d'autres engagements juridiques, internationaux ou domestiques. Cette approche des relations entre l'ordre international et l'ordre interne permet de ne pas activer l'application de l'article 103, sans pour autant établir une quelconque hiérarchie normative.

Un dernier arrêt se doit d'être examiné, bien que le cas se différencie des exemples précédents. Il s'agit d'une plainte déposée par l'*Association of Citizens Mothers of Srebrenica* contre l'ONU et l'Etat néerlandais, pour violation de leur obligation internationale de prévenir le génocide de Srebrenica.<sup>1853</sup> Bien que la Cour réaffirmât que les Nations Unies jouissaient d'une immunité contre les poursuites et confirma le jugement de la Cour du District de 2008, elle reconnut néanmoins comme possible, sur la base de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, de déroger à cette immunité dans certaines circonstances, afin de garantir aux plaignants le droit d'accès aux tribunaux.<sup>1854</sup> Le passage intéressant est celui où la Cour admit que l'article 103 n'empêche pas de « *testing immunity from prosecution against article 6 ECHR and 14 ICCPR* ». <sup>1855</sup> L'article 103 n'a pas été inséré dans la Charte pour écarter les obligations en matière de droits de la personne, au nom d'autres objectifs poursuivis par les Nations Unies.<sup>1856</sup> De plus, la portée de l'article 103 est clairement circonscrite aux engagements conventionnels, la priorité n'étant pas étendue au droit international coutumier.<sup>1857</sup> Bien que dans le cas d'espèce, l'immunité de l'Etat agissant au nom des Nations Unies et celle de l'organisation furent considérées comme justifiées, le raisonnement ne se fonda pas sur une application aveugle de l'article 103, mais sur

---

<sup>1852</sup> Cour européenne des droits de l'homme : affaire *Milorad Bilbija and Dragan Kalinic v. Bosnie-Herzégovine* Décision sur la recevabilité, Requête 45541/04 et 16587/07, 13 mai 2008. Voir, Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Beric*, Décision sur la recevabilité, §§ 26-30.

<sup>1853</sup> *Case of the Association of Citizens Mothers of Srebrenica v. The State of Netherlands and the United Nations*, Cour d'Appel de La Haye, Case 200.022.151/01, Arrêt du 30 mars 2010.

<sup>1854</sup> § 5.2

<sup>1855</sup> § 5.5

<sup>1856</sup> *Ibidem*: «*The Court of Appeal is of the opinion that this was not intended to allow the Charter to just set aside like that fundamental rights recognised by international (customary) law or in international conventions. The development of international law since 1945, the year the Charter was signed, has not stopped and shows an increasing attention for and recognition of fundamental rights, that cannot be ignored by the Court of Appeal. Moreover, as is clear from the preamble to the Charter and article 1 subsection 3 of the Charter, the UN explicitly has as its purpose the promotion and encouragement of respect for human rights and for fundamental freedoms. It is implausible that article 103 of the Charter intends to impair the enforcement of such fundamental rights.* »

<sup>1857</sup> § 5.1, in fine: «*...the Court of Appeal finds that the right to a fair trial and the right of access to a court of law it entails is a matter of customary law, which can be invoked independently of the preceding provisions.* », supra **note de bas de page 1781**.

une mise en balance des intérêts et valeurs en jeu. Cette attitude témoigne d'un refus de hiérarchiser ou marginaliser certains buts promus par la Charte. Une application directe de la clause aurait imposé aux Pays-Bas d'accorder l'immunité aux Nations Unies et aurait mené à la primauté automatique de la *Convention sur les privilèges et immunités des NU*, en tant qu'ensemble d'obligations dérivées de la Charte, sur les obligations de l'Etat en vertu de la *CEDH*.

Il peut être conclu à la lumière de ces illustrations que l'étendue de l'article 103, ainsi que ses effets, ont été restreints, soit parce que le conflit normatif n'existait pas, soit il existait, mais se situait entre des obligations onusiennes et des obligations découlant du droit national ou entre d'autres obligations internationales et le droit interne, situations qui n'entrent pas dans le champ de la clause. L'article 103 n'empêche pas les instances d'exercer leur compétence de contrôle sur les mesures litigieuses, même si celles-ci visent indirectement l'application de la Charte ou la mise en œuvre de résolutions contraignantes du Conseil de sécurité. Les organes remplissent leur rôle de garant de leurs instruments respectifs, grâce à des stratégies interprétatives bloquant les conséquences censées découler de l'article 103. Les Etats sont de plus en plus condamnés et les droits des plaignants paraissent être mieux protégés.

Difficile est la tâche de savoir quelle interprétation de l'article est la meilleure. La jurisprudence montre qu'il existe différentes réponses. L'article 103 doit être interprété de manière stricte, tout en n'oubliant pas qu'il confère à la Charte un statut spécial et la recouvre d'une indérogabilité particulière. L'article 103 pose un problème d'interprétation, au vu de l'oscillation entre lectures extensives et restrictives. Il paraît évident que la manière de lire celui-ci, doit prendre en considération aussi bien l'intention initiale des rédacteurs, les termes employés et les objectifs visés par l'autorité qui se prononce. Il doit être appréhendé en lien avec la Charte, ainsi qu'avec les buts et principes de celle-ci, tout en ne négligeant pas les développements récents du droit international. La disposition a été invoquée dans des circonstances particulières et l'emploi qui en a été fait a été principalement justifié, de manière explicite ou en filigrane, par le but à atteindre, notamment la lutte contre le terrorisme, le maintien du système de sécurité collective ou l'affirmation de l'indépendance d'un régime. Jusqu'à récemment, nombreuses sont les décisions qui ont mentionné l'article 103, en dehors des conditions de sa mise en œuvre ou en l'absence d'un conflit normatif, tel qu'envisagé par la clause. L'article est ajusté à la situation, afin de servir de base juridique formelle aux conclusions des juges. Les organes ont été motivés par un désir d'imposer leurs idéologies juridiques et leur perception du droit international. L'article 103 a été interprété selon l'agenda poursuivi et les stratégies judiciaires choisies. Il demeure qu'il n'y a pas

une interprétation correcte de l'article 103, car ce dernier possède une signification qui varie en fonction de divers facteurs, au vu de son impact potentiel sur l'ensemble du système juridique international.

#### 4. Un article omniprésent et unique

Indépendamment de l'intuition selon laquelle l'article 103 véhiculerait un type d'indérogeabilité spécifique et limité, il est évident que l'article fait de la Charte un instrument unique au sein de l'ordre juridique international. Toutefois, elle n'est pas le seul traité qui inclut en son sein une disposition visant à régler par avance les conflits normatifs potentiels entre ses dispositions et d'autres obligations internationales. D'autres régimes mettent en place des préséances d'application.<sup>1858</sup> Les sujets du droit international sont libres d'établir des priorités entre leurs engagements contractuels, c'est-à-dire quel engagement sera exécuté en cas de conflit et de quelle façon sera écarté un engagement au profit d'un autre. La *CVDT* prévoit explicitement la possibilité pour les Etats de décider de quelle manière les traités successifs doivent être hiérarchisés.<sup>1859</sup> Toutefois, l'article 103 établit une règle de conflit distincte et plus audacieuse, instaurant une priorité de la Charte sur toute obligation conventionnelle incompatible.<sup>1860</sup>

La primauté relative de la Charte dans les relations conventionnelles est réitérée dans plusieurs instruments établissant des organisations ou des régimes internationaux. Ces rappels, mentionnant explicitement ou faisant une simple référence implicite à l'article 103, n'ajoutent pourtant rien au contenu de celui-ci. Ils ont pour effet d'empêcher l'existence, ou plutôt l'exécution d'obligations contraires à celles issues de la Charte.<sup>1861</sup> Ils rendent l'article 103 quasiment inutile au niveau de

---

<sup>1858</sup> Par exemple: *Pacte de la Société des Nations*, Article 20; *Traité de la Communauté Européenne*, Article 307 ; *Accord de libre-échange nord américain*, Articles 103 et 104; *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, Article 311. Voir **note de bas de page 2062**. Les techniques conventionnelles de résolution de conflits sont diverses: une disposition peut prévoir la priorité du traité où elle est insérée sur un traité antérieur ou stipuler que le traité a la priorité sur tout traité futur; un traité peut abroger un traité antérieur par mention explicite; une clause peut exprimer que le traité n'affecte pas ou n'est pas en conflit avec d'autres accords ; une disposition peut spécifier qu'aucun traité incompatible ne sera conclu à l'avenir; une clause peut mentionner que le traité déroge à toutes les dispositions contraires ; un traité peut être aussi subordonné à un autre.

<sup>1859</sup> Article 30§2. C'est uniquement en cas d'absence de stipulation expresse, que les règles de conflit de normes s'appliquent, voir *infra* **partie IV. C. 3. a. iii.**

<sup>1860</sup> « Alors que cette dernière [la Charte] précise que les obligations qu'elle génère priment sur toutes les autres conventions internationales liant les membres des Nations Unies sans se soucier de la date de leur adoption, les autres traités ne paraissent pas en mesure d'établir leur primauté qu'à l'égard des obligations contraires contractées antérieurement entre leurs parties. », THOUVENIN, Jean-Marc, « Article 103 », ..., p. 2134

<sup>1861</sup> Article 30§1 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* et 30§6 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités entre organisations internationales et Etats et entre organisations internationales entre elles*: ici, l'article 103 est une exception expresse aux règles sur l'applicabilité des traités successifs portant sur la même matière; Article 59 des *Articles sur la responsabilité internationale des Etats pour fait internationalement illicite*; Article 224 du *Traité de Rome instituant la Communauté économique européenne* et Articles 297 et 307 du *Traité révisé instituant la Communauté européenne*; Article J.5 du *Traité instituant l'Union européenne* et 3§5 du *Traité de Lisbonne*; Article 1(c) du *Statut instituant le Conseil de l'Europe*; Préambule de la *Charte de l'Organisation de l'Unité Africaine*;

son application pratique. Toutefois, cette omniprésence a un impact sur le statut de la Charte dans l'ordre juridique international, la plupart des instruments devant être appliqués et/ou interprétés de manière conforme à ses dispositions.

Ces éléments témoignent de l'unicité de la Charte, unicité qui est en partie entraînée par les effets de l'article 103, mais surtout par les circonstances de son élaboration, la nature de ses principes et son caractère quasi universel.<sup>1862</sup> La disposition représente davantage un corollaire, que la cause, du statut unique de la Charte. Cela revient-il à conclure que l'ordre juridique international est hiérarchisé et que la Charte constitue l'apex normatif de celui-ci? *A priori*, la réponse est négative, car l'article 103 ne devrait pas être conçu comme une règle hiérarchique, mais plutôt comme un principe singulier de priorité, qui est mis en œuvre lors de l'apparition d'un conflit normatif: il s'agit d'une priorité générale, qui opère indépendamment de la nature du traité contraire, de son caractère bilatéral ou multilatéral, ou du fait que le traité ait été conclu avant ou après l'entrée en vigueur de la Charte.<sup>1863</sup>

---

Article 131 de la *Charte instituant l'Organisation des Etats Américains*; Article 7 du *Traité de l'Atlantique Nord*; Article XXI (c) du *GATT*; Article XIV bis (c) du *GATS*; Article VI du *Traité de Bruxelles de l'Union européenne occidentale*; Article VI du *Pacte de Manille (Traité de défense collective pour l'Asie du Sud-est)*; Article VI (2) de *l'Accord entre l'ONU et l'Union postale universelle* du 15 novembre 1947; Article 5 de *l'Accord entre l'ONU et l'Union internationale des télécommunications* de 1947; Article VI de *l'Accord entre l'ONU et l'Organisation météorologique mondiale*; Article 5§2 du *Statut de Rome*.

Article 46 du *Pacte International relatif aux droits civils et politiques* et article 24 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*: ici, l'interprétation doit être compatible avec les dispositions de la Charte.

De nombreuses références ont également été faites par l'Assemblée générale dans ses résolutions: Résolution 2625, *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies* du 24 octobre 1970; Résolution 2734, *Déclaration sur le renforcement de la sécurité internationale* du 16 décembre 1970; Résolution 42/22, *Déclaration sur le renforcement de l'efficacité du principe de l'abstention du recours à la menace ou à l'emploi de la force dans les relations internationales* du 18 novembre 1987; Résolution 55/101, *Respect des buts et principes énoncés dans la Charte des NU afin d'instaurer une coopération internationale pour promouvoir et encourager le respect des droits de l'homme* du 2 mars 2001; Résolution 56/152, *Respect des buts et principes énoncés dans la Charte des Nations Unies afin d'instaurer une coopération internationale pour promouvoir et encourager le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et résoudre les problèmes internationaux de caractère humanitaire* du 13 février 2002; Résolution 57/217, *Respect des buts et principes énoncés dans la Charte des Nations Unies afin d'instaurer une coopération internationale pour promouvoir et encourager le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et résoudre les problèmes internationaux de caractère humanitaire* du 27 février 2003; Résolution 58/188, *Respect des buts et principes énoncés dans la Charte des Nations Unies afin d'instaurer une coopération internationale pour promouvoir et encourager le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et résoudre les problèmes internationaux de caractère humanitaire* du 22 mars 2004; Résolution 59/204, *Respect des buts et principes énoncés dans la Charte des Nations Unies afin d'instaurer une coopération internationale pour promouvoir et encourager le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et résoudre les problèmes internationaux de caractère humanitaire* du 23 mars 2005, etc.

<sup>1862</sup> « Il est également reconnu que la Charte des Nations Unies elle-même jouit d'un statut spécial en raison de la nature fondamentale de certaines de ses normes, en particulier ses buts et principes, et de son acceptation universelle. », *Fragmentation du Droit International. Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du Groupe d'Etude de la Commission du droit international, cinquante-huitième session, mai-août 2006, A/CN.4/L.702, 28 juillet 2006, § 36, p. 22 du Rapport du Groupe de Travail

<sup>1863</sup> PAOLILLO, Felipe, «Article 30», in CORTEN, Olivier, KLEIN, Pierre, (sous la dir.), *Les Conventions de Vienne sur le Droit des Traités, Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 1266

Le fait que la *Charte des Nations Unies* soit un traité spécifique, exceptionnel de par ses objectifs et ses buts, qui doivent être respectés et efficacement mis en œuvre, ne fait pas automatiquement de celle-ci une constitution mondiale, le principe suprême devant réguler les relations internationales. Le système international ne peut se structurer à la manière des ordres internes, en raison de la décentralisation de son organisation. Il est nécessaire toutefois de doter ce dernier de règles permettant de faire face aux conflits potentiels. Comme apprécié préalablement, la préséance des obligations onusiennes n'entraîne pas la nullité des engagements incompatibles, ce qui tend à démontrer, que l'article 103 n'engendre pas une hiérarchie normative entre les traités internationaux. La Charte n'est pas un critère de validité, ni de légalité des autres normes de droit international, mais l'Organisation des Nations Unies, ayant été investie d'une mission difficile, a besoin de quelques avantages et facilités, afin de remplir efficacement ses tâches.

La partie suivante tentera de saisir les raisons qui sous-tendent les tentatives d'extension de la portée et des effets de l'article 103, qui ont pour objectif de le transformer en une règle instaurant une réelle hiérarchie normative. Il est nécessaire de mettre des limites à ces entreprises souvent infondées, qui portent davantage atteinte à la légitimité de la Charte et à l'opérationnalité de l'article 103, qu'elles ne renforcent leur mise en œuvre pratique.

## ***B. L'article 103 et sa tendance impérialiste: facteurs explicatifs et limites***

### **1. Une tendance inhérente au concept d'indérogeabilité**

La notion même d'indérogeabilité entraîne une conséquence récurrente, à savoir l'extension du champ d'application et des effets des concepts qui y sont liés. L'article 103 n'échappe pas à cette tendance et il convient de comprendre les raisons qui la motivent et la légitiment. D'une part, il existe une volonté d'assurer la mise en œuvre effective de la *Charte des Nations Unies*, de ses buts et de ses principes (a); ensuite, certains internationalistes offrent à la Charte le rôle de constitution de la communauté internationale (b). Les justifications fondant les interprétations extensives de l'article 103 sont effectivement majoritairement basées sur la présumée nature constitutionnelle de la Charte. A titre préliminaire, il est à souligner qu'aucune analyse exhaustive de la méthode « constitutionnaliste » ne sera entamée ici, car ceci déborderait du cadre de cette thèse.<sup>1864</sup> Cette

---

<sup>1864</sup> Voir: LOUGHLIN, Martin, WALKER, Neil, (Eds.), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 380 p.; DUNOFF, Jeffrey L., TRACHTMAN, Joel P., (Eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 414 p.; FASSBENDER, Bardo, «The Meaning of International Constitutional Law», in TSAGOURIAS, Nikolaos K., (Ed.), *Transnational Constitutionalism: International and European Models*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 307 et suivantes; JOHNSTON, Douglas M., « World

approche prône une certaine unité et cohérence du système, celui-ci devant être basé sur un ensemble de règles et principes fondamentaux, situés au sommet de la hiérarchie normative, et qui régulent les rapports juridiques internationaux et déterminent la validité des normes inférieures.<sup>1865</sup>

La question suivante se pose: pour quelles raisons l'article 103 est-il perçu comme la base juridique assurant une primauté absolue à la Charte sur toutes les autres obligations? Cette tentation "impérialiste" peut être expliquée, soit par une volonté de structurer l'ordre juridique international, tendance sous-tendue par un complexe d'infériorité des internationalistes, relativement à l'organisation décentralisée de leur système; soit par pur esprit de conservatisme, la Charte constituant et devant rester l'instrument fondateur et unificateur du système.

#### **a. Assurer l'efficacité de la Charte dans le domaine du maintien de la paix et de la sécurité**

L'article 103 a été inséré dans la Charte, afin de garantir une efficacité maximale à l'action des Nations Unies dans un domaine précis, à savoir le maintien de la paix et de la sécurité internationales. L'extension des effets de la clause a pour ambition de renforcer cet objectif, ceci souvent aux dépens des autres principes de l'Organisation.

*« Therefore special allowance for a broader reach of Article 103 beyond technicalities of the written law may be teleologically warranted. »*<sup>1866</sup>

---

Constitutionalism in the Theory of International Law», in MACDONALD, Ronald St. John, JOHNSTON, Douglas M., (Eds.), *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005, 968 p.; KLABBERS, Jan, PETERS Anne, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 393 p.; KLABBERS, Jan, «Constitutionalism Lite?», *International Organizations Law Review*, vol. 1, 2004, pp. 31-58; VON BOGDANDY, Armin, « Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany », *Harvard International Law Journal*, vol. 47, 2006, pp. 223-242; WALTER, Christian, « Constitutionalizing (inter)national Governance: Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law », *German Yearbook of International Law*, vol. 44, 2001, pp. 170-201; WERNER, Wouter, «The Never-Ending Closure: Constitutionalism and International Law », in TSAGOURIAS, Nikolaos K., (Ed.), *Transnational Constitutionalism: International and European Models*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 329 et suivantes.

<sup>1865</sup> Le processus de constitutionnalisation peut être défini comme l'émergence d'un droit constitutionnel dans un ordre juridique donné ou l'acquisition par un texte de propriétés constitutionnelles. Le droit constitutionnel est composé de l'ensemble des normes et des règles, déterminant la manière dont l'autorité publique est exercée et régulant la vie sociale et politique d'une entité organisée. PETERS, Anne, « Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental Norms and Structures », *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, 2006, pp. 581-582. Les variantes «dures» du constitutionalisme suggèrent qu'il existe une hiérarchie acceptée entre les normes, afin de résoudre les conflits d'autorité. Les variantes plus «soft» présupposent l'existence d'une communauté internationale, qui exige des normes et principes collectifs pour régler les conflits. Pour un aperçu, voir, DE BURCA, Grainne, «The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi»,...

<sup>1866</sup> KOLB, Robert, « Does Article 103 of the Charter of the United Nations Apply only to Decisions or also to Authorizations... », p. 26. « The basic principle of teleological interpretation is that the design, purpose and utility of the constituent instrument (...) are the most reliable guides to the meaning of the instrument's provisions (...) To be sure, any intelligent application of a legal norm is purpose oriented. », HEXNER, Ervin P., «Teleological Interpretation of Basic Instruments of Public International Organizations », in ENGEL, Salo, METALL, Rudolf A., *Law, State and International Legal Order. Essays in Honour of Hans Kelsen*, Knoxville, University of Tennessee Press, 1964, p. 130.

*i. Réalisation des principes et concrétisation des idéaux*

L'argument téléologique est souvent invoqué pour soutenir les approches visant l'extension du champ d'application de l'article 103: fondées sur la présupposition que le but de maintien de la paix et de la sécurité internationales constitue l'objectif principal des Nations Unies, la Charte ne peut donc être interprétée de manière à faire obstacle à la réalisation de ce dernier. La priorité est naturellement accordée à toute obligation, mesure et décision qui vont dans ce sens. La Charte n'est pas assimilée à une constitution, mais davantage à une structure hiérarchique de sécurité collective, avec le Conseil de sécurité situé à son sommet.

*« 148. Il convient d'accorder encore plus de poids au caractère impératif du but premier de l'ONU et, par voie de conséquence, des pouvoirs accordés au Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII pour atteindre ce but. En particulier, il ressort clairement du préambule, des articles 1, 2 et 24 ainsi que du Chapitre VII de la Charte que l'ONU a pour objectif principal le maintien de la paix et de la sécurité internationales. S'il est tout aussi clair que la protection des droits de l'homme contribue de manière importante à l'établissement de la paix internationale (voir le Préambule à la Convention), il n'en demeure pas moins que la responsabilité essentielle quant à cet objectif incombe au Conseil de sécurité, qui dispose de moyens considérables en vertu du Chapitre VII pour l'atteindre, notamment par l'adoption de mesures coercitives... »<sup>1867</sup>*

L'extension de la préséance de l'article 103 aux obligations issues de sources non-conventionnelles et aux obligations incombant à d'autres sujets de droit international que les « Etats membres », ainsi que l'interprétation large de la notion « obligations en vertu de la Charte » a pour ambition principale d'éviter que la mise en œuvre des mesures collectives ne soit entravée, et ceci, dans le but que le système établi en 1945 puisse être totalement efficace.

*« This reference to the imperative peace and security aim and to the effectiveness of the SC action in this field shows that the Court's real interest is focused on the values enshrined in the collective security action... More than the formal primacy of UN SC obligations, it is the primacy of some UN substantive values that is at stake. »<sup>1868</sup>*

Il est important de reconnaître le caractère vital du maintien de la paix et la nécessité d'assurer une effectivité concrète des actions prises dans ce sens, mais, à nouveau, l'article 103 ne doit pas être employé pour instaurer une primauté, qui servirait à couvrir des atteintes injustifiées aux obligations internationales des Etats. Ces derniers, en devenant membres des Nations Unies, ont accepté certains engagements et, comme souligné, les principes et les buts de la Charte ne doivent être hiérarchisés d'une manière arbitraire: pour quelle raison la préservation de la paix devrait-elle

---

<sup>1867</sup> *Affaire Behrami-Saramati*, §§ 148-151 : « (...) Leurs actions sont donc directement imputables à l'ONU en tant qu'organisation à vocation universelle remplissant un objectif impératif de sécurité collective. » Et l'affaire *Beric*, devant la Cour européenne des droits de l'homme, 16 octobre 2007, § 29, reprenant le même raisonnement.

<sup>1868</sup> DE SENA, Pasquale, VITUCCI, Maria Chiara, «The European Courts and the Security Council : Between Dédoublément Fonctionnel and Balancing of Values»,..., p. 206, au sujet de l'affaire *Behrami-Saramati*. Un chapitre ultérieur reviendra sur l'article 103 comme un mécanisme d'imposition de valeurs. Voir *infra* **partie IV. C. 4. a.**

empêcher la réalisation des autres idéaux onusiens?<sup>1869</sup> Ces principes sont complémentaires les uns des autres et il n'est pas question d'en sacrifier certains au nom de la présumée supériorité d'un objectif particulier. De ce fait, l'article 103 doit préserver des effets limités. Une extension de l'article 103 aux autorisations émanant du Conseil de sécurité doit être acceptée, ainsi qu'une priorité d'application des obligations issues de la Charte sur certains contrats relevant du droit international privé, mais un élargissement incontrôlé des effets de la disposition n'est pas souhaitable. Une certaine flexibilité doit être permise, mais l'article ne doit ni constituer une justification à des dérives, sous prétexte d'être légitimées par le droit onusien, ni servir de fondement à la classification des principes et des buts énoncés par la communauté internationale

*ii. Maintien de la paix et de la sécurité internationales: le Conseil de sécurité comme un organe omnipotent*

*« In conclusion, it seems now to be generally recognized in practice that binding SC decisions taken under chapter VII supersede all other treaty commitments. »<sup>1870</sup>*

L'article 103 apparaît principalement en pratique comme la base juridique, qui permet d'accorder une priorité normative aux décisions du Conseil de sécurité prises en application du Chapitre VII. Il tend à conférer à ces décisions une présomption de légalité.<sup>1871</sup> L'article 103 permettrait alors de soutenir l'approche suivante: lorsqu'il remplit sa tâche de gardien de la paix internationale, le Conseil de sécurité serait délié de toute contrainte légale, car la fonction de sécurité collective sera exécutée de manière plus efficace, si le Conseil est libre de prendre ses décisions; d'où la préséance automatique de ces dernières sur toute autre obligation. Le Conseil serait avant tout un organe politique, ayant une mission précise, la préservation de la paix et non celle de la mise en œuvre du droit.<sup>1872</sup>

---

<sup>1869</sup> L'ONU est au centre du développement du droit international, un grand nombre de conventions internationales ayant été conclues sous ses auspices. Ces traités sont fondés sur le texte de la Charte. Alors bien que l'organisation ne soit pas formellement partie à ses traités, ces derniers sont en quelque sorte conclus en continuation de la Charte et sont de ce fait dotés d'un statut particulier. (Par exemple, les *Pactes de 1966*). Ces traités font parties intégrantes du système onusien et n'y sont pas subordonnés.

<sup>1870</sup> BERNHARDT, Rudolf, «Article 103», ..., p. 1300

<sup>1871</sup> «Also, it is important to reaffirm the presumption that Council decisions which are directed at the fulfilment of the purposes of the organization are valid. », AKANDE, Dapo, «The Security Council and Human Rights: What is the role of art. 103 of the Charter? », [www.ejiltalk.org](http://www.ejiltalk.org), consulté le 25 février 2010.

Voir: *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, CIJ, Avis consultatif, Recueil C.I.J., 21 juin 1971, § 20; *l'affaire Lockerbie*, 1992, § 42; Opinion individuelle du juge Shahabuddeen, dans *l'affaire Lockerbie*, 1992, p. 140: «The validity of the resolution, though contested by Libya, has, at this stage, to be presumed.» Et: *Affaire Sayadi*, Comité des droits de l'homme, Individual opinion of Committee member Sir Nigel Rodley (concurring): «(...) the Charter wording strongly suggests that the first interpretation criterion is that there should be a presumption that the Security Council did not intend that actions taken pursuant to its resolutions should violate human rights. », p. 36

<sup>1872</sup> KELSEN, Hans, *The Law of the United Nations*, London, Stevens, 1951, p. 294. Sir Michael Wood a soutenu la même idée, affirmant qu'aucune théorie de droit international, excepté le *jus cogens*, limite les pouvoirs du CdS, lorsqu'il agit en vertu du Chapitre VII. Le Conseil doit agir conformément aux exigences pratiques, et non juridiques,

Toutefois, même si le Conseil possède de larges pouvoirs, ceux-ci ne sont pas illimités. Le CdS doit agir dans le cadre des compétences qui lui ont été conférées, en tant qu'organe qui agit au nom d'une collectivité et, en cas de décision prise *ultra vires*, elle ne devrait pas créer d'effets juridiquement contraignants.<sup>1873</sup> De plus, son caractère politique ne l'empêche absolument pas d'être soumis au droit.<sup>1874</sup> Le Conseil n'est pas *legibus solutus*, mais cela ne veut pas dire que, lorsqu'il agit sous couvert du Chapitre VII, il ne soit pas doté de la faculté de déroger à certaines normes de droit international.<sup>1875</sup> En effet, s'il est possible, par exemple, pour les Etats de déroger à leurs obligations dispositives en matière de droits de l'homme en période d'état d'urgence, il est possible que le Conseil, en tant qu'organe d'une association d'Etats, puisse également y déroger pour préserver la paix, à la condition de respecter les exigences de proportionnalité, de nécessité et de temporalité, ainsi que de ne pas affecter les droits de l'homme considérés comme indérogeables et les normes de *jus cogens*.<sup>1876</sup> Parallèlement, l'obligation pour les Etats de respecter les décisions du Conseil peut être interprétée comme constituant une limitation, couverte par les clauses de restriction attachées à certains droits de l'homme.<sup>1877</sup> Certaines mesures peuvent être aussi

---

de la situation. WOOD, Michael, «The UN Security Council and International Law- Second Lecture: The Security Council's Powers and their Limits», *Hersch Lauterpacht Memorial Lectures*, University of Cambridge, 7-9 novembre 2006, at [http://www.lcil.cam.ac.uk/lectures/2006\\_sir\\_michael\\_wood.php](http://www.lcil.cam.ac.uk/lectures/2006_sir_michael_wood.php), consulté le 15 juin 2010; voir aussi: HILAIRE, Max, *United Nations Law and the Security Council*, Aldershot, Ashgate Publishing, 2005, p. 7: «*The UN Security Council is above the law.*»; OOSTHUIZEN, Gabriel H., «Playing the Devil's Advocate: the United Nations Security Council is Unbound by Law»,..., p. 549.

<sup>1873</sup> Si ces décisions ne respectent pas l'article 24§2 de la Charte : « *Dans l'accomplissement de ces devoirs, le Conseil de sécurité agit conformément aux buts et principes des Nations Unies. Les pouvoirs spécifiques accordés au Conseil de sécurité pour lui permettre d'accomplir lesdits devoirs sont définis aux Chapitres VI, VII, VIII et XII.* »

Voir aussi l'article 25, qui est sujet à une controverse interprétative: « *Les Membres de l'Organisation conviennent d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité conformément à la présente Charte.* » La question est de savoir si les termes « conformément à la présente Charte » qualifient la décision prise par le CdS ou l'obligation de respect due aux Etats membres. Si l'on adopte la première lecture, cela signifie que les membres ne sont pas obligés de respecter les décisions qui ne seraient pas adoptées en respect de la Charte

Voir: DOEHRING, Karl, «Unlawful Resolutions of the Security Council and their Legal Consequences», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 1, 1997, pp. 91-109; FROWEIN, Joachen A., «The UN Anti-Terrorism Administration and the Rule of Law», in DUPUY, Pierre-Marie et al, (Eds.), *Common Values in International Law: Essays in Honour of Christian Tomuschat*, Kehl, NP Engel, 2006, pp. 785-795; FROWEIN, Joachen Abraham, KIRSCH, Nico, «Introduction to Chapter VII», in SIMMA, Bruno...§ 29

<sup>1874</sup> Voir, *Conditions de l'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies (article 4 de la Charte)*, Avis consultatif, CIJ, Recueil C.I.J 1948, 28 mai 1948, p. 64

<sup>1875</sup> *Procureur vs. Dusko Tadic*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, Chambre d'Appel, TPIY, arrêt du 2 octobre 1995, § 28: « *Neither the text nor the spirit of the Charter conceives of the SC as unbound by law.* » Le droit du déroger à certaines normes de droit international est reconnu dans *l'affaire Kadi-Al Barakaat* 2008 devant la CJCE, §§ 360-363.

<sup>1876</sup> Voir le commentaire de la Commission du droit international relatif à l'article 53 de la *CVDT entre Etats et organisations internationales et entre organisations internationales entre elles*: «... *peremptory norms of international law apply to international organisations as well as to States...International organisations are created by treaties concluded between States...despite a personality which is in some aspects different from that of States parties to such treaties, they are none the less creation of those States. And it can hardly be maintained that States can avoid compliance with peremptory norms by creating organizations.* », *Yearbook of the ILC*, 1982, vol. II, Part 2, p. 56.

<sup>1877</sup> *Affaire Sayadi*, Comité des droits de l'homme, 22 octobre 2008, § 10.7 et *l'affaire Kadi-Al-Barakaat* devant la CJCE, §§ 339-342.

justifiées par l'existence d'un état d'urgence menaçant la paix internationale, déclenchant ainsi la faculté dérogatoire de tout Etat dont la sécurité est en péril.

*«As international organizations are based on agreements between States, nothing in principle precludes the organs of such organizations to act in disregard of ordinary norms of international law, provided and to the extent that the constituent instrument confirms the intention of the Member States to enable an organization to act in disregard of certain norms of international law while exercising its functions.»*<sup>1878</sup>

Néanmoins, le Conseil de sécurité ne doit pas agir de manière discrétionnaire et arbitraire, comme *« a Machiavellian Prince who preaches nothing else but peace and faith, but whose action is inspired only by the harsh needs of the realpolitik »*.<sup>1879</sup> Le Conseil est soumis au droit et doit agir dans le cadre juridique défini par la Charte. Toute théorie qui voit le Conseil comme un organe délié de toute contrainte légale est difficilement soutenable de nos jours.

L'avis de certains Lords dans *l'affaire Al-Jedda* est approprié; ces derniers ont considéré qu'il est nécessaire de réconcilier l'objectif sécuritaire et la protection des libertés fondamentales et que pour ce faire, les droits de l'homme peuvent être limités, sans pour autant devoir les réduire à néant: l'article 103 assure une priorité aux résolutions du Conseil, mais uniquement dans la mesure où cette prévalence est nécessaire.<sup>1880</sup> Cette approche a le mérite de poser des limites à l'action du Conseil de sécurité, tout en lui laissant une marge de manœuvre, lorsque la paix est menacée.<sup>1881</sup> Ce raisonnement n'équivaut pas à donner au Conseil des pouvoirs infinis, il s'agit uniquement de reconnaître qu'il peut imposer le non-respect d'obligations internationales, lorsque cela se révèle être capital. Il n'est pas question de procéder à une analogie de la théorie de l'état d'urgence, ni de doter le Conseil de pouvoirs extraordinaires. Mais, il faut reconnaître que l'intention des rédacteurs

<sup>1878</sup> ORAKHELASHVILI, Alexander, *Peremptory norms in international law*, ..., p. 414

<sup>1879</sup> CANNIZZARO, Enzo, «Machiavelli, The UN Security Council and the Rule of Law»,..., p. 32. L'auteur fait référence à Jose Alvarez qui souligne l'importance du respect des principes de l'ONU- paix, droits de l'homme, droit à l'auto-détermination, état de droit- afin d'assurer le fonctionnement du système de sécurité collective. ALVAREZ, Jose E., «Judging the Security Council»..., p. 31

<sup>1880</sup> Lord Bingham, § 39, Baroness Hale, §§ 125-126: « 126. *That is, however, as far as I would go. The right is qualified but not displaced. This is an important distinction, insufficiently explored in the all or nothing arguments with which we were presented. We can go no further than the UN has implicitly required us to go in restoring peace and security to a troubled land. The right is qualified only to the extent required or authorised by the resolution. What remains of it thereafter must be observed. This may have both substantive and procedural consequences.* » Et Lord Carswell, §§ 151-152. Tous s'accordent sur le fait que l'article 103 a pour effet de qualifier les obligations en matière de droits de l'homme, mais que ceux-ci ne doivent pas être limités de manière disproportionnée au regard du mandat du Conseil de sécurité et de l'objectif poursuivi. Certes, dans ce cas, la CEDH prévoit une liste exhaustive de motifs permettant la détention à son article 5§1, qui semble avoir disparu sous l'effet de l'article 103.

*« The SC has to balance the realization of its primary goal [maintenance of peace and security] with the realization of the secondary goals contained in Articles 1 and 2 of the Charter. Although this implies a limitation of the secondary goals contained in the Charter, it may not lead to the erosion of their core content. »* WET DE, Erika, NOLLKAEMPER, André, « Review of the Security Council Decisions by National Courts », German Yearbook of International Law, vol. 45, 2002, p. 172

<sup>1881</sup> « (...) one may tolerate the disregard of dispositive norms of international law if otherwise the peace among States could not be preserved. », DOEHRING, Karl, « Unlawful Resolutions of the Security Council and their Legal Consequences », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 1, 1997, p. 99

de la Charte était bien de doter le Conseil de pouvoirs larges et flexibles. Il est absurde que le Conseil puisse impunément violer le droit international, alors qu'il représente symboliquement le nouvel ordre international fondé en 1945, qui est justement basé sur le droit et son respect. Finalement, le présent développement n'indique pas que les Etats puissent interpréter le langage parfois ambigu des résolutions du Conseil, comme une autorisation pour violer leurs obligations internationales.

*«Regardless of whether the commands emanating from the SC are consistent per se with international law, states are under the obligation to make sure that their implementation does not violate international law.»<sup>1882</sup>*

En l'absence d'un organe centralisé chargé d'examiner la légalité des actions de l'organe principal en matière de maintien de la paix ou d'une disposition dans la Charte prévoyant un tel contrôle,<sup>1883</sup> il est revenu aux diverses juridictions, devant se prononcer sur le comportement d'Etats agissant ou ayant agi conformément à une résolution du Conseil, d'exercer une vérification de la validité de cette dernière. A nouveau, il s'agit en grande partie d'une question interprétative: interprétation de sa propre compétence, de la relation entre son régime et celui de la Charte, ainsi que du rôle du Conseil. Chaque juridiction agit dans un environnement différent et a des intérêts propres à défendre. Dans de nombreux cas, les tribunaux et autres fora ont choisi de donner préséance au but de maintien de la paix et de sécurité aux dépens d'autres valeurs et objectifs. Cette attitude a entraîné une certaine timidité dans l'évaluation des actions et décisions du Conseil de sécurité et n'a que rarement débouché sur un constat d'illicéité.<sup>1884</sup>

La Cour internationale de Justice, même si elle a reconnu à plusieurs reprises que le Conseil de sécurité ne pouvait agir de manière totalement discrétionnaire, a fait preuve d'une certaine réticence à se prononcer sur cette épineuse question et a toujours réaffirmé la primauté des obligations de la Charte, en se basant notamment sur l'article 103, sans jamais considérer de manière approfondie l'éventuelle illégalité d'une décision du Conseil.<sup>1885</sup> Lors de *l'affaire Lockerbie*, la majorité des juges reconnut la validité de la Résolution 748, ainsi que sa primauté

---

<sup>1882</sup> BIANCHI, Andrea, «Assessing the Effectiveness of the UN Security Council's Anti-Terrorism Measures...» p. 904.

<sup>1883</sup> Rappelons que la proposition faite à San Francisco d'inclure une clause visant à établir un contrôle judiciaire sur les actes du Conseil fut rejetée.

<sup>1884</sup> «*In the absence of a theory, the authors make a natural turn towards policy arguments in order to understand the implied borders of article 103. [They] strive to demonstrate that the courts' credo is their acknowledgment of the value of the UN SC's raison d'être and high mission, namely affectively protecting international peace and security (...) They are simply suggesting replacing the formal notion of primacy as expressed in Article 103 of the UN Charter by the underlying public interest which serves as the rationale for the attribution of such supremacy, namely the UN task of effectively maintaining international peace and security.*», CANOR, Iris, «The European Courts and the Security Council: Between *Dédoublement Fonctionnel* and Balancing of Values:..., p. 874

<sup>1885</sup> Voir *supra* **note de bas de page 1719**. «*Il est évident que la Cour n'a pas de pouvoirs de contrôle judiciaire ni d'appel en ce qui concerne les décisions prises par les organes des Nations Unies dont il s'agit.*», *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, CIJ, Avis consultatif du 21 juin 1971, Recueil C.I.J 1971, p. 16, par. 89.

générée par l'opération de l'article 103. Le raisonnement de la Cour renforça la position quasi-intouchable du Conseil, mais le recours à l'article 103 avait pour objectif principal d'éviter une confrontation quelque peu sensible entre l'exercice concurrent des compétences respectives de deux organes des Nations Unies, le Conseil et la Cour. Une autre illustration est fournie par la jurisprudence du TPIY. Le Tribunal, ne pouvant s'abstenir de confirmer sa propre légalité, s'est déclaré compétent pour examiner l'exception d'incompétence le concernant, fondée sur l'illégalité de sa création par le Conseil de sécurité; il a finalement conclu que le Conseil de sécurité avait agi dans le cadre de ses pouvoirs.<sup>1886</sup> Il est notable que ces juridictions ont toutefois entrepris de vérifier la validité des actes du Conseil, même si cela a été un exercice quelque peu superficiel.<sup>1887</sup> La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas désiré affecter la mission des organes onusiens de maintenir la paix et s'est donc volontairement abstenue de toute conclusion matérielle sur la légalité, ou l'illégalité, des activités de ceux-ci, adoptant majoritairement une position purement téléologique. La cour régionale a refusé de se prononcer sur la conduite des Etats dans l'*affaire Behrami-Saramati*, afin de ne pas porter préjudice à leur effort collectif, lors d'une opération de maintien de la paix conduite sous les auspices de l'ONU. En réalité, la Cour a considéré que le but principal de l'organisation serait menacé, si elle exerçait un contrôle sur la conduite des Etats; ces derniers seraient de plus découragés de participer à de telles entreprises, s'ils se savaient sous le risque d'une condamnation. La Cour européenne des droits de l'homme se positionna comme un tribunal établi en vertu du droit international faisant partie d'un environnement global, où:

« *The United Nations is the ultimate global forum for transnational cooperation in pursuit of collective security, whose authority should not be open to question by a regional human rights tribunal...* »<sup>1888</sup>

La décision fut finalement prise sur la base d'un autre argument, fondant l'approche décrite ci-dessus: les actes et omissions des troupes furent attribués, non pas aux Etats, mas à l'Organisation, du fait que le CdS possédait le contrôle ultime sur les opérations.<sup>1889</sup> Ce lien d'imputabilité est plus que contestable, l'attribution d'actes à l'ONU n'empêchant pas l'attribution parallèle aux Etats. La Cour s'est donc déclarée incompétente, les griefs des plaignants étant *ratione materiae*

<sup>1886</sup> *Le Procureur vs. Dusko Tadic*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, Chambre d'Appel, TPIY, arrêt du 2 octobre 1995, §§ 20 et suivantes; aussi pour le TPIR, *Le Procureur vs. Joseph Kanyabashi*, Trial Chamber Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, TPIR, 18 juin 1997

<sup>1887</sup> De même dans *Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité*, Avis consultatif, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J 1954: la Cour se prononça sur la licéité de l'établissement du Tribunal; dans *Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, para. 2 de la Charte)*, Avis consultatif, CIJ, Recueil C.I.J. 1962, 20 juillet 1962, elle ne s'abstint pas de donner son avis sur la légalité d'une opération des NU et dans *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-ouest africain) nonobstant la Résolution 276 du Conseil de sécurité*, Avis consultatif, CIJ, Recueil C.I.J 1971, 21 juin 1971, la CIJ trancha la question de la validité des résolutions mettant fin au mandat de la SDN sur l'Afrique du Sud-ouest.

<sup>1888</sup> DE BURCA, Grainne, «The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi»,..., p. 31

<sup>1889</sup> Voir les §§ 132-34, *affaire Behrami-Saramati*.

incompatibles avec la *CEDH*.<sup>1890</sup> Rappelons en outre, que lors de la récente *affaire Al-Jedda*, la Cour n'osa pas se prononcer sur la licéité des actions du CdS, refusant ainsi de se positionner de manière claire relativement aux relations entre son propre régime et le droit issu de la Charte.

La Tribunal de première instance des communautés européennes a lui aussi rejeté sa compétence pour contrôler la licéité des résolutions du Conseil, hormis au regard du *jus cogens*, soulignant l'obligation de la communauté de ne pas entraver les Etats membres dans l'exécution de leurs engagements onusiens.<sup>1891</sup> Finalement, même si la Cour des communautés a procédé à un examen indirect de validité, elle a affirmé:

« 287. *S'agissant plus particulièrement d'un acte communautaire qui, tel le règlement litigieux, vise à mettre en œuvre une résolution du Conseil de sécurité adoptée au titre du chapitre VII de la charte des Nations unies, il n'incombe donc pas au juge communautaire, dans le cadre de la compétence exclusive que prévoit l'article 220 CE, de contrôler la légalité d'une telle résolution adoptée par cet organe international, ce contrôle fût-il limité à l'examen de la compatibilité de cette résolution avec le jus cogens.* »<sup>1892</sup>

De plus, elle souligna l'importance des résolutions du Conseil prises sur la base du Chapitre VII et la nécessité de prendre en considération les buts de ces dernières dans l'interprétation et l'application des mesures de mise en œuvre. (§ 294)

---

<sup>1890</sup> Cf. *supra* **Partie IV. A. 2. c. iii.**

<sup>1891</sup> « 214. Dans ce contexte, ainsi que l'ont fait valoir à juste titre les institutions, celles-ci ont agi au titre d'une compétence liée, de sorte qu'elles ne disposaient d'aucune marge d'appréciation autonome. En particulier, elles ne pouvaient ni modifier directement le contenu des résolutions en question ni mettre en place un mécanisme susceptible de donner lieu à une telle modification.

215. Tout contrôle de la légalité interne du règlement attaqué, notamment au regard des dispositions ou principes généraux du droit communautaire relatifs à la protection des droits fondamentaux, impliquerait donc que le Tribunal examine, de façon incidente, la légalité desdites résolutions. Dans l'hypothèse sous examen, en effet, la source de l'illégalité invoquée par le requérant devrait être recherchée non pas dans l'adoption du règlement attaqué, mais dans les résolutions du Conseil de sécurité qui ont décrété les sanctions (voir, par analogie, arrêt *Dorsch Consult/Conseil et Commission*, point 158 *supra*, point 74).

222. D'une part, une telle compétence serait incompatible avec les engagements des États membres au titre de la charte des Nations unies, en particulier ses articles 25, 48 et 103, de même qu'avec l'article 27 de la convention de Vienne sur le droit des traités. », *Kadi*, TPI, §§ 214-215 et 222. Voir également, *Yusuf*, TPI, §§ 275-276:

« 275. Il convient d'ajouter que, eu égard notamment à l'article 307 CE et à l'article 103 de la charte des Nations unies, l'invocation d'atteintes portées soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont protégés par l'ordre juridique communautaire, soit aux principes de cet ordre juridique ne saurait affecter la validité d'une résolution du Conseil de sécurité ou son effet sur le territoire de la Communauté (voir, par analogie, arrêts de la Cour Internationale *Handelsgesellschaft*, point 190 *supra*, point 3 ; du 8 octobre 1986, *Keller*, 234/85, Rec. p. 2897, point 7, et du 17 octobre 1989, *Dow Chemical Ibérica e.a./Commission*, 97/87 à 99/87, Rec. p. 3165, point 38).

276. Force est donc de considérer que les résolutions en cause du Conseil de sécurité échappent en principe au contrôle juridictionnel du Tribunal et que celui-ci n'est pas autorisé à remettre en cause, fût-ce de manière incidente, leur légalité au regard du droit communautaire. Au contraire, le Tribunal est tenu, dans toute la mesure du possible, d'interpréter et d'appliquer ce droit d'une manière qui soit compatible avec les obligations des États membres au titre de la charte des Nations unies.»

<sup>1892</sup> *Kadi-Al Barakaat*, CJCE, 2008, § 287 et § 288: « 288. Par ailleurs, un éventuel arrêt d'une juridiction communautaire par lequel il serait décidé qu'un acte communautaire visant à mettre en œuvre une telle résolution est contraire à une norme supérieure relevant de l'ordre juridique communautaire n'impliquerait pas une remise en cause de la primauté de cette résolution au plan du droit international. »

A la lumière de ces divers exemples jurisprudentiels, on peut conclure que l'article 103 a été employé pour empêcher tout contrôle réel sur la validité des résolutions du Conseil de sécurité et/ou assurer le respect de ces dernières, indépendamment de l'existence d'autres obligations internationales à la charge des Etats. Ceci a eu pour effet d'octroyer au Conseil de sécurité une position quasi intouchable. Alors que l'opinion publique et la doctrine doutent de plus en plus de la légitimité de cet organe, les Etats se voient toujours contraints de respecter ses décisions et les individus, osant s'opposer à sa toute-puissance, n'ont pas réellement réussi à obtenir satisfaction au niveau international, alors que la situation tend à s'améliorer devant les juridictions internes. Les *affaires Kadi II et III* et *l'affaire Sayadi* constituent également des avancées dans la condamnation des violations des droits individuels. Cette position accordée au Conseil de sécurité n'est pas une conséquence directe de l'article 103, mais découle de l'acceptation des Etats, lorsqu'ils ont ratifié la Charte, de lui déléguer d'importants pouvoirs et de respecter ses décisions; si un Etat se voit obligé de ne pas respecter une norme de droit international coutumier lors de l'exécution d'une décision contraignante du Conseil, cette obligation n'est pas issue de l'article 103, mais de l'article 25. L'article 103 a été utilisé dans une perspective qui va à l'encontre de l'esprit initial, afin de fonder juridiquement des décisions guidées par des considérations diverses.

Afin de réaliser pleinement le but de sécurité collective, la Charte et ses organes se voient recouverts d'une indérogeabilité qui certes, peut être justifiée dans certains cas, mais qui ne doit pas mener à une négligence totale du droit international. L'approche téléologique doit également de s'adapter aux exigences contemporaines et évoluer avec l'apparition de nouveaux défis, tout en ne perdant pas de vue les buts principaux, la *master idea*, qui ont mené à la création de l'organisation: « *The operation of the treaty may have revealed new objects or vistas, so that (on this view) the intentions of the original framers must be superseded or overridden in order to give effect to the true purpose.* »<sup>1893</sup>

---

<sup>1893</sup> FITZMAURICE, Gerald, «The Law and Procedure of the International Court of Justice- Treaty Interpretation and Certain other Treaty Points», *British Yearbook of International Law*, vol. 28, 1951, p. 8, expliquant sa théorie d'un objectif qui apparaît subséquemment à la création d'un régime juridique (*emergent purpose*). Et: «...*These specified objectives themselves are to be interpreted so that they conform to the ideas of the organs and member-states about the purpose of the international organization at the time of interpretation rather than at the time of the organization's founding.* », HEXNER, Ervin P., «Teleological Interpretation of Basic Instruments of Public International Organizations», in ENGEL, Salo, METALL, Rudolf A., *Law, State and International Legal Order. Essays in Honour of Hans Kelsen*, Knoxville, University of Tennessee Press, 1964, p. 130.

Voir aussi Opinion dissidente du juge Alvarez dans *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un Etat aux Nations Unies*, Avis consultatif du 3 mars 1950, CIJ, Recueil C.I.J 1950, p. 18: « *It is therefore necessary, when interpreting treaties-in particular, the Charter of the United Nations-to look ahead, that is to have regard to the new conditions, and not to look back, or have recourse to travaux préparatoires. A treaty or a text that has once been established acquires a life of its own. Consequently, in interpreting it we must have regard to the exigencies of contemporary life, rather than to the intentions of those who framed it.* »

## b. Transformer la Charte en constitution de la communauté internationale

Une autre approche, bien plus ambitieuse que celle décrite en a), tend à voir la Charte comme la constitution de la communauté internationale. Tant au niveau formel que substantiel, la Charte peut sembler se prêter à une analogie avec le droit interne. Les articles 1 et 2 seraient la base de l'analyse matérielle, alors que l'article 103, perçu comme énonçant une règle hiérarchique, fonderait formellement la suprématie normative de la Charte.<sup>1894</sup> Celle-ci serait le cadre sur lequel repose l'ensemble du droit international. Thomas Franck a décrit la Charte comme un document constitutionnel, qui incorpore un sens de la communauté, de la perpétuité, de l'indélébilite et de l'égalité, ainsi que « *institutional autochthony, and perhaps most importantly, a constitution-esque primacy encapsulated explicitly in article 103 of the UN Charter* ». <sup>1895</sup>

La CHONU serait la norme fondamentale de la communauté internationale, à laquelle seraient soumises toutes les autres règles de droit international et qui conditionnerait le droit et le comportement des Etats membres;<sup>1896</sup> elle établirait un ordre constitutionnel de pouvoirs délégués, le Conseil de sécurité jouant le rôle de gouvernement mondial et d'organe législateur,<sup>1897</sup> dont les compétences sont définies et circonscrites par un texte écrit; la Cour internationale de Justice représenterait la gardienne ultime de la légitimité du système. Les Etats signataires, désirent mettre en place un nouvel ordre international, auraient volontairement décidé de placer la Charte au sommet de l'ordonnement juridique. D'où la conclusion:

« ...la Charte...s'impose en tant que norme constitutionnelle suprême, à toutes les autres règles de droit. Son emprise, certaine sur les règles internationales, devrait également s'étendre aux règles d'origine interne... »<sup>1898</sup>

---

<sup>1894</sup> « (...) it has been [article 103] dubbed the supremacy clause, probably with a nod towards the similarly nicknamed provision of the United States Constitution that establishes the supremacy of federal law over State law. », LIIVOJA, Rain, «The Scope of the Supremacy Clause of the United Nations Charter»,..., p. 584

Voir la Constitution des Etats-Unis, 17 septembre 1787, article VI(2)

<sup>1895</sup> FRANCK, Thomas M, «Is the United Nations a Constitution?», in FROWEIN, Jochen Abraham et al., (Eds)., *Verhandeln für den Frieden- Negotiating for Peace: Liber Amicorum Tono Eitel*, Berlin, Springer, 2003, p. 95

<sup>1896</sup> « Tout comme une constitution interne, la Constitution se situe au sommet de la hiérarchie et conditionne la validité des normes inférieures. », CADOUX, Charles, «La supériorité du droit des Nations Unies sur le droit des Etats membres...», p. 655. Et : « Article 103 of the Charter...can only be read to give the Charter priority over all conflicting obligations of States regardless of their formal source. », FASSBENDER, Bardo, «The United Nations Charter as Constitution of the International Community», *Columbia Journal of Transnational Law*, ..., pp. 585-586

<sup>1897</sup> « The Security Council is not only the most important lawmaking body of the UN, but it is also the central executive agent. » L'auteur reconnaît le sous-développement de la fonction judiciaire au sein du système, mais attribue également au Conseil une fonction semi-judiciaire, quand il recommande des solutions de règlement des différends internationaux. FASSBENDER, Bardo, «The United Nations Charter as Constitution of the International Community», *Columbia Journal of Transnational Law*, ..., p. 576

<sup>1898</sup> KOPELMANAS, Lazare, *L'Organisation des Nations Unies- L'Organisation constitutionnelle des Nations Unies...*, p. 203 ; TOMUSCHAT, Christian, (Ed.), *The United Nations at Age Fifty. A Legal Perspective*, La Haye, Kluwer Law International, 1995, ix: «It has become obvious in recent years that the Charter is nothing else than the constitution of the international community (...) Now that universality has almost been reached, it stands out as the paramount instrument of the international community, not to be compared to any other international agreement. »

Il est possible d'interpréter la jurisprudence des cours internationales, notamment le Tribunal de première instance dans *Kadi*, comme consacrant ce caractère constitutionnel: en donnant la primauté à la Charte et aux décisions des organes de l'ONU sur toutes les autres obligations, et notamment celles issues du droit européen, les juges ont nié le processus de construction d'un espace juridique européen, en tant que structure juridique particulière, et ont accordé au droit onusien le caractère de loi suprême.<sup>1899</sup>

Plusieurs auteurs et approches ont eu recours aux notions de constitution et de droit constitutionnel, lorsqu'ils ont examiné le statut de la *Charte des Nations Unies* dans l'ordonnement juridique: l'Ecole de Vienne d'Alfred Verdross<sup>1900</sup>, la *New Heaven School*, et également un groupe d'internationalistes, composé d'Herman Mosler, de Bruno Simma et de Christian Tomuschat. Finalement, une approche constructiviste a été développée par Nicholas Onuf.<sup>1901</sup> Il est intéressant de relever que de nombreux internationalistes allemands ont fait de la Charte la constitution de la société internationale. Ce particularisme est probablement dû à une conception davantage basée sur une acceptation matérielle que formelle de la loi fondamentale. L'approche viennoise a abordé la Charte au sens de constitution normative, d'une part comme un ensemble de règles de droit international qui prévalent sur les autres normes, car leur existence est une condition à la validité de celles-ci ; et d'autre part, comme un accord issu de la volonté des Etats. La Charte de par son universalité est devenue la constitution écrite de la communauté internationale. Pour la *New Heaven School*, la Charte est perçue comme le résultat d'une décision

---

Egalement, SIMMA, Bruno, « From bilateralism and community interest in international law », *RCADI*, vol. 250, 1994, p. 262: « (...) I have no problems at all with viewing the basic norms of the Charter as the constitutional law of the universal international community, and the Charter organs...as organs of the international community as a whole. » Voir aussi, VERDROSS, Alfred, SIMMA, Bruno, *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*, 2<sup>nd</sup> Edition, Berlin, Duncker & Humblot, 1976, pp. 71-83

<sup>1899</sup> KARAYIGIT, Mustapha T., « The *Yusuf* and *Kadi* Judgements: The Scope of EC Competences in Respect of Restrictive Measures », *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 33, N° 4, 2006, pp. 379-404; LAVRANOS, Nikolaos, « Joined Cases C-402/05P and C-415/05P, *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation vs. Council of the European Union and Commission of the European Communities* Judgment of the European Court of Justice (Grand Chamber) 3 September 2008 », *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 36, N° 2, 2009, pp. 157-183

<sup>1900</sup> L'auteur affirma qu'avec la création de la SDN, puis de l'ONU, la communauté internationale possède une constitution: « As the UN now includes almost all states, and as the few states which are still missing have recognized its binding principles, the Charter has the tendency to become the constitution of the universal community of states. » La Charte inclut certains principes constitutionnels impératifs, elle peut donc être considérée comme une constitution en devenir. VERDROSS, Alfred, *Völkerrecht*, 5<sup>ème</sup> Ed., Vienne, Springer 1964, p. 136 Plus tard, Verdross assumait plus clairement ses positions et conclut avec Bruno Simma que le droit constitutionnel de la communauté internationale avait ses fondations premières dans la Charte. Voir, VERDROSS, Alfred, SIMMA, Bruno, *Universelles Völkerrecht : Theorie und Praxis*, 3<sup>ème</sup> Ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1984.

<sup>1901</sup> Le Professeur ONUF a identifié en droit international, des règles de reconnaissance (*rudiments of a material written constitution*) au sens de Hart. Plus spécifiquement, la Charte incorpore certains principes constitutionnels. Le Chapitre I de celle-ci représente la constitution matérielle et peut être assimilé à du droit international impératif. ONUF, Nicholas, « The Constitution of International Society », *European Journal of International Law*, vol. 5, 1994, pp. 18-19. Voir également du même auteur, *World of Our Making: Rules and Rule in Social Theory and International Relations*, Columbia S.C., University of South Carolina Press, 1989

constitutionnelle: le terme de constitution est ici employé de manière plus large, la Charte faisant partie de ce « *ongoing world constitutive process* ». <sup>1902</sup> La Charte n'est pas ici une constitution au sens normatif du terme, mais une expression du processus dynamique de prise de décision. Herman Mosler, quant à lui, considère que la société internationale forme une communauté régie par le droit. La Charte n'est pas un instrument supérieur, mais représente un élément, parmi d'autres, de la vie organisée de la société internationale. <sup>1903</sup> Christian Tomuschat ira plus loin, en soutenant que la Charte, qu'il voit voyait initialement comme un traité, participe avec d'autres instruments à la mise en place d'un véritable ordre mondial. <sup>1904</sup> Il inclut en son sein certaines dispositions qui « *reflètent et concrétisent les prémisses constitutionnelles de l'ordre juridique international* ». <sup>1905</sup> La *Charte des Nations Unies* n'est, par conséquent, pas le seul instrument qui occupe cette position, réduisant de ce fait l'importance relative de celle-ci ; elle est un point de départ constitutionnel. Bardo Fassbender a également affirmé que la Charte remplit la fonction de constitution de la communauté internationale. Son argument principal repose sur le constat que l'ONU est l'institution et l'instrument de la communauté internationale, celle-ci comprenant l'ensemble des acteurs. L'Organisation octroie à la communauté des organes et régit les relations entre ses acteurs. En ce sens, elle est unique, car elle est un principe d'agencement de l'arène internationale. <sup>1906</sup> Ce bref survol doctrinal a mis en lumière les différences au sein même des approches constitutionnalistes. Les sous-sections suivantes souligneront les aspects fondamentaux, qui relient ces théories entre elles.

---

<sup>1902</sup> «*What we call a "constitution" is really a very opaque symbol for a constitutive process in which a variety of groups and individuals drawing on bases of effective power and authority symbols seek to create, sustain or change the fundamental institutions in decision-making in a community.* », REISMAN, Michael, «*Law from the Policy Perspective*», in MACDOUGAL, Myres S., REISMAN, Michael, *International Law Essays: A Supplement to International Law in Contemporary Perspective*, New York, Foundation Press, 1981, p. 11

<sup>1903</sup> MOSLER, Hermann, *The International society as a legal community*, Alphen aan den Rijn, Germantown Md, Sijthoff and Noordhoff, 1980, p. 33. Selon lui, il existe plusieurs éléments constitutionnels qui permettent à la communauté internationale de fonctionner.

<sup>1904</sup> Il cite également les *Pactes de 1966*, la *Convention sur l'interdiction du Génocide*, la *Convention sur le droit de la mer*, les *Statuts des Tribunaux pénaux internationaux*.

<sup>1905</sup> TOMUSCHAT, Christian, «*Obligations arising for States without or against their will*», *RCADI*, vol. 281, 1999, p. 240 et TOMUSCHAT, Christian, «*International law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new century: General Course on Public International Law*», *RCADI*, vol. 281, 1999, p. 80

<sup>1906</sup> FASSBENDER, Bardo, «*The United Nations Charter as Constitution of the International Community*»,..., pp. 567-568

*i. La Charte comme le reflet de l'existence d'une unité systémique et d'un consensus sur les valeurs et principes fondamentaux*

*« Constitutional law can be described as the common denominator of the international community. It is the body of rules and principles defining in form and in substance, the basis of the international community, and indicating the general course the community has decided to steer. »<sup>1907</sup>*

Selon les théories « constitutionnalisantes », l'Organisation des Nations Unies aurait été établie, ou aurait été reconnue, comme pourvue de la compétence de protéger et faire respecter les principes, les buts, les valeurs et les normes communautaires fondamentales, tels que définis dans la Charte. Les Nations Unies établissent au sein de la communauté internationale des institutions et des procédures, qui agissent dans l'intérêt et au nom de celle-ci. La Charte est la concrétisation juridique des règles à la base du système international. L'article 103, puisqu'il permet aux Etats de ne pas respecter certaines de leurs obligations dans le but de respecter les principes piliers, trouverait sa justification dans cette constitutionnalisation de l'ordre juridique international. La règle exprimée ne serait finalement que l'expression d'un idéal politique et éthique. La Charte constitue, au regard de cette optique, le résultat d'un consensus atteint entre la majorité des Etats sur certaines valeurs et principes universels, dont l'observation est indispensable à la mise en place d'une réelle société internationale pacifiée et unie. Les articles 1 et 2, définissant les buts et principes des Nations Unies matérialisent et formalisent l'existence de ces valeurs et principes. Cette idée a été consacrée par la Cour internationale de Justice, lorsqu'elle a reconnu une personnalité juridique objective aux Nations Unies: les aspirations proclamées en 1945 ont une vocation universelle et doivent être acceptées par tous les sujets de droit international, d'où la tendance à l'extension des effets de la primauté des obligations issues de la Charte.<sup>1908</sup> L'ensemble des lois de la société internationale doivent, dès lors, être en conformité avec les standards définis dans la Charte.

*« The Charter has the advantage of reliably providing, as visible document, an authoritative statement of both fundamental rights and responsibilities of the members of the international community and the value set which this community is committed.(...) it also establishes clearly defined community institutions.»<sup>1909</sup>*

La Charte peut être alors désignée, dans son acceptation matérielle, comme la loi constitutionnelle des Nations, car elle est la matrice éthique et juridique de toute norme capable d'être définie d'impérative. Toute norme de *jus cogens* dériverait, au moins indirectement, des règles génériques

---

<sup>1907</sup> FASSBENDER, Bardo, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community...*, p. 123

<sup>1908</sup> *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, Cour internationale de Justice, CIJ, Recueil C.I.J 1949 p. 174, Avis consultatif du 11 avril 1949, p. 185

<sup>1909</sup> FASSBENDER, Bardo, «The United Nations Charter as Constitution of the International Community», *Columbia Journal of Transnational Law*,..., p. 617

établies dans la Charte.<sup>1910</sup> La Charte est le document, qui permettrait de définir l'acceptabilité de tout comportement, ainsi que la validité de toute règle de droit.

*ii. L'article 103 comme fondement du statut constitutionnel de la Charte*

Divers arguments sont avancés pour fonder le caractère constitutionnel de la *Charte des Nations Unies*: son rôle dans l'institutionnalisation des relations internationales; les larges pouvoirs conférés aux organes et l'intention de limiter ceux-ci par un texte; la volonté de s'assurer que les non-membres coopèrent avec l'Organisation (article 2§6) et de garantir la primauté des obligations issues de la Charte (article 103). La nature universelle des Nations Unies, au niveau de son membership, de ses domaines d'activités et de ses fonctions, peut aussi être invoquée. Finalement, le terme de «Charte» présuppose un document écrit, qui établit des droits et des responsabilités de type constitutionnel, ce qui est confirmé par les premiers mots du préambule: «*Nous peuples des Nations Unies* », expression rappelant étrangement le langage de la Constitution américaine.<sup>1911</sup>

Une caractéristique importante d'une constitution, si ce n'est la plus importante, est qu'elle établit une pyramide hiérarchique entre les normes, et c'est ici que l'article 103 prend toute son importance:

*« The purported effect of Article 103 has never been called into question. According to all probability, states today view the Charter as the constituent instrument of the international community, which sets the framework for any permissible activity. »*<sup>1912</sup>

L'article 103 devient le fondement juridique de l'approche constitutionnelle, qui place la Charte au sommet de la normativité internationale, preuve en est, les divers instruments réitérant la suprématie de celle-ci.<sup>1913</sup> Les conséquences juridiques de l'article 103 se voient étendues, les auteurs considérant la Charte comme une constitution prônant majoritairement la non-validité de

---

<sup>1910</sup> DUPUY, Pierre-Marie, «The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited»,...p. 11: «... even if it is true that the Charter cannot pretend to list explicitly each and every preemptory norm of modern international law, it remains evident that all of them benefit from a substantial link with it.», DUPUY, Pierre-Marie, «The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited»,...; «*La Charte apparaît sans doute comme la matrice conceptuelle des principes les plus novateurs apparus dans l'ordre juridique international des cinquante dernières années. Elle s'affirme comme le référent majeur, invoqué autant pour affirmer la légitimité des conduites qui s'en inspirent que pour s'assurer de leur légalité.* », DUPUY, Pierre-Marie, «L'unité de l'ordre juridique international, Cours Général de Droit International Public », *RCADI*, vol. 297, 2002, p. 304.

<sup>1911</sup> «*Nous, le Peuple des États-Unis, en vue de former une Union plus parfaite, d'établir la justice, de faire régner la paix intérieure, de pourvoir à la défense commune, de développer le bien-être général et d'assurer les bienfaits de la liberté à nous-mêmes et à notre postérité, nous décrétons et établissons cette Constitution pour les États-Unis d'Amérique.* »

<sup>1912</sup> TOMUSCHAT, Christian, « The Lockerbie Case Before the ICJ », *Review of International Commission of Jurists*, June 1992, pp. 43-44. Pour Goodrich and Hambro, l'analyse de l'article 103 aboutit à la conclusion que « *La Charte revêt donc le caractère de loi fondamentale de la communauté internationale.* », GOODRICH, Leland M., GOODRICH, Leland M., HAMBRO, Edvard, «Article 103», ..., p. 393. Voir aussi, FASSBENDER, Bardo, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community...*, pp. 106-107

<sup>1913</sup> BERNHARDT, Rudolf, «Article 103»...; voir, *supra* **section IV. A. 4**

tout traité ou toute obligation contraire, quelque soit sa source ou son destinataire.<sup>1914</sup> De même, si l'on voit dans la Charte un document constitutionnel, le problème de la distinction entre membres et non-membres ne se pose pas,<sup>1915</sup> ni l'extension de la primauté aux obligations conflictuelles de droit international général.

### *iii. Limites*

L'approche constitutionnelle possède quelques qualités, mais l'analogie avec la notion de constitution au sens interniste du terme comporte certains risques:

*« The underlying analogy risks blurring fundamental differences between the nature of the UN system and classical issues of the separation of powers in a truly constitutional context. (...) In structural density, the UN Charter is still far from a closed system of competencies in which the application of constitutional concepts really makes sense. »<sup>1916</sup>*

Premièrement, la Charte définit clairement les buts de l'organisation, sa mission et les principes justifiant son existence, contrairement à une constitution nationale, qui vise uniquement à ce que le pouvoir politique prenne globalement soin du bien-être des ses citoyens. L'Organisation des Nations Unies doit exclusivement remplir les tâches qui lui ont été assignées par le texte fondateur et ne pas outrepasser celles-ci, afin de ne pas empiéter sur le domaine réservé des Etats.<sup>1917</sup> Notons, que la Charte ne codifie pas l'ensemble des principes indispensables au bon fonctionnement de la communauté internationale; il existe de la substance constitutionnelle hors du texte onusien.<sup>1918</sup> L'Organisation des Nations Unies, engendrée par un texte qui reflète le consentement des Etats, a l'obligation de respecter l'autonomie des ceux-ci et toute limitation à

---

<sup>1914</sup> BERNHARDT, Rudolf, «Article 103»..., p. 1297; FASSBENDER, Bardo, «The United Nations Charter as Constitution of the International Community», *Columbia Journal of Transnational Law*, ..., p. 590

<sup>1915</sup> Goodrich et Hambro ont soutenu ce point-de-vue dans un de leurs premiers commentaires de la Charte. La Charte dernière revêt le caractère de loi fondamentale de la communauté internationale. Par conséquent, les non-membres, bien que ne l'aient pas acceptée formellement, sont cependant censés reconnaître cette loi comme un fait de la vie internationale, s'y adapter et agir conformément à ses prescriptions. GOODRICH, Leland M., HAMBRO, Edvard, «Article 103», ..., p. 393

<sup>1916</sup> HERDEGEN, Matthias, J., «The "Constitutionalization" of the UN Security System», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 27, 1994, p. 150. Plus généralement, sur les dangers du raisonnement par analogie, voir: SHAHABUDDIN, Mohammed, «Municipal Law Reasoning in International Law», in LOWE, Vaughan, FITZMAURICE, Malgosia, (Eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice- Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 102; LOWE, Vaughan, «Can the European Community bind the Member-States on the Questions of Customary International Law?», in KOSKENNIEMI, Martti, (Ed.), *International Law Aspects of the European Union*, La Haye, Kluwer, 1998, p. 166: «The development of law is, in the final analysis, a never-ending battle for control of the analogy. »

<sup>1917</sup> « ...the UN organized a portion of the relations and cooperation among the member States. Like other international bodies, the UN carries out international activities in a narrow sense on the basis of the Charter, as well as operational activities on the basis of instruments substantially supplementing the Charter. », ARANGIO-RUIZ, Gaetano, «The "Federal Analogy and UN Charter Interpretation: A Crucial Issue», *European Journal of International Law*, vol. 1, 1997, p. 17

<sup>1918</sup> « [The Charter] does not go far enough to codify the scope and powers of the various governing bodies in relation to creation and execution of international laws. Therefore, the international community continues to lack a comprehensive constitutional document, as the UN Charter is missing constitutional substance. », PETERS, Anne, « Global Constitutionalism Revisited », *International Legal Theory*, vol. 11, 2005, pp. 43-44

leur liberté doit être juridiquement justifiée par le texte de la Charte.<sup>1919</sup> De plus, contrairement à une constitution nationale qui distribue les compétences entre les divers organes, il est vrai que la séparation de pouvoirs entre l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité n'est qu'illusoire.<sup>1920</sup> Le rôle de la CIJ dans l'administration de la Charte, ainsi que les occasions qu'elle a de se prononcer sur les actions des organes, dépendent grandement des circonstances de l'espèce et de la volonté des Etats de lui accorder cette fonction; pour preuve, ces situations ont été relativement rares. Le Conseil n'a aucune obligation d'agir lorsque la communauté est en danger et, s'il agit, le risque du veto est constamment présent, ce qui n'est pas le cas d'un gouvernement, qui est toujours, en théorie, contraint d'exercer sa compétence de protection du bien commun. L'absence de pouvoir pouvant forcer les membres à coopérer vient à l'appui des objections exprimées, tout comme le manque de moyens institutionnels nécessaires pour mettre en œuvre le principe de « *rule of law* ». <sup>1921</sup> Aucun système de « *checks and balances* » ne fut prévu par les rédacteurs de la Charte, ni n'a émergé suite à une pratique subséquente.<sup>1922</sup>

La méthode par analogie, quoique parfois utile, mène ici à des conclusions erronées. Les arguments basés sur des transpositions d'éléments et de conclusions d'un ordre juridique à un autre ne se révèlent pas toujours être des plus judicieux.<sup>1923</sup>

---

<sup>1919</sup> «*The Charter disqualifies itself as a constitution in that it expressly reserves, together with equality, the sovereignty of all member States (article 2§1) and their domestic jurisdiction (article 2§7).* », ARANGIO-RUIZ, Gaetano, «The “Federal Analogy and UN Charter Interpretation: A Crucial Issue»,..., p. 4. Les Nations Unies ne seraient en définitive qu'une union d'Etats subordonnée à ses membres individuels. L'organisation voit son autorité dériver de l'accord existant entre les Etats, et non de la Charte, qui ne fait matérialiser ce consensus.

<sup>1920</sup> «*A society in which the separation of powers is not clearly established has no constitution.* », Article 16, *Declaration of the Rights of Man and of Citizen*, 26 August 1789; et: «*In fact the allocation of powers by the UN Charter to the main organs of the organizations does not correspond to the traditional understanding of allocations of powers by constitutional arrangements in national legal orders.* », BIANCHI, Andrea, « Assessing the Effectiveness of the UN Security Council's Anti-Terrorism Measures... », p. 910

<sup>1921</sup> « (...) *rights in terms conferred on Member States by the system of which the UN is part cannot- apparently- be vindicated against either principal organ by means other than persuasion or civil (uncivil) disobedience.* », CRAWFORD, James, «The UN Charter as a Constitution», in FOX, Hazel, (Ed.), *The Changing Constitution of the United Nations, Abi-Saab and Others*, Londres, The British Institute of International and Comparative Law, 1997, p. 12.

<sup>1922</sup> « *There is no judicial review of Council decisions and no provision for third-party settlement of disputes between the Council and a member.* », BOWETT, Derek, «The Impact of Security Council Decisions on Dispute Settlement Procedures»,..., p. 91

<sup>1923</sup> « *La situation au plan international est totalement différente. Il est connu, omnibus lippis et tonsoribus, que la communauté internationale ne dispose pas d'un gouvernement central, ni de la séparation et de l'équilibre concomitants des pouvoirs. En particulier, les juridictions internationales, y compris le Tribunal international, ne constituent pas la branche judiciaire d'un quelconque gouvernement central. La communauté internationale est essentiellement composée d'Etats souverains, tous jaloux de leurs prérogatives et privilèges de souveraineté et insistant sur leur droit respectif à l'égalité et au respect total par les autres Etats de leur domaine réservé. Tout organe international doit, par conséquent, tenir compte de cette structure fondamentale de la communauté internationale. Il s'ensuit que les juridictions internationales ne possèdent pas nécessairement, vis-à-vis des organes des Etats souverains, les mêmes pouvoirs qu'exercent les juridictions internes sur les organes administratifs, législatifs et politiques de l'Etat. C'est pourquoi la transposition au plan de la communauté internationale d'institutions, interprétations ou approches juridiques prévalant dans un contexte national peut être source de confusion et d'erreurs. En plus de susciter l'opposition des Etats, cette approche pourrait finir par gommer les*

« *The UN has not been conceived as a world government, nor could transform itself into one. The lack of effective capacity of UN organs to impose their decisions on the members, as well as the absence of any mechanism to juridically review their acts, are almost universally seen as serious problems for the constitutional perspective.* »<sup>1924</sup>

Bien que la Charte comporte certaines dimensions et remplisse certaines fonctions constitutionnelles, car il est vrai qu'elle organise et institutionnalise la vie internationale, ainsi qu'elle promeut certains principes fondamentaux,<sup>1925</sup> ces aspects ne doivent pas être exagérés. « *The Charter is and remains a treaty* ». <sup>1926</sup> Elle est un accord conclu entre des Etats et dont l'universalité est relativement récente. La Charte peut être considérée comme constitutionnelle, si on la perçoit comme le texte fondateur d'une organisation, entité dotée d'une personnalité juridique propre et comme un instrument qui met en place des organes et agence leurs compétences, mais elle n'est pas à la base de la création d'une société solidaire, comme cela peut l'être en droit national.<sup>1927</sup> La Charte n'est pas une constitution au sens strict du terme et aucune

---

*caractéristiques distinctives des juridictions internationales.* », *Le Procureur vs. Thomir Blaskic, Arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de Première Instance rendue le 18 juillet 1997, Chambre d'Appel, TPIY, arrêt du 29 octobre 1997, § 40.*

« *Il n'est pas d'une manière générale approprié de raisonner par analogie avec le caractère hiérarchique du système juridique interne en raison des différences entre les deux systèmes. Cela étant, certaines règles de droit international sont plus importantes que d'autres, ce qui leur confère une position supérieure ou un statut spécial dans le système juridique international. C'est ce que l'on exprime parfois en désignant certaines normes comme «fondamentales» ou comme l'expression de «considérations élémentaires d'humanité» ou de «principes intransgressibles du droit international». L'effet que peuvent avoir de telles désignations est habituellement déterminé par le contexte ou l'instrument précis dans lequel la désignation apparaît.*», *Fragmentation du Droit International. Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, Rapport du Groupe d'Etude de la Commission du droit international, cinquante-huitième session, mai-août 2006, A/CN.4/L.702, 28 juillet 2006, § 31, p. 21 du Rapport du Groupe de Travail.*

<sup>1924</sup> MACDONALD, Ronald, «The Charter of the United Nations in Constitutional Perspective», *Australian Year Book of International Law*, vol. 20, 1999, p. 229

<sup>1925</sup> La Charte peut être considérée comme une la constitution idéale, définie par Philip Allott comme: « (...) *aspirational body of norms which presents to society an idea of what society might be.* », ALLOTT, Philip, *Eunomia: New Order For a New World*, 2<sup>nd</sup> Ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2001, pp. 134-135

<sup>1926</sup> CONFORTI, Benedetto, *The Law and Practice of the United Nations*, 1<sup>st</sup> Edition, La Haye/Boston/Londres, Kluwer Law International, 1997, p. 10. Il voit la Charte comme un traité et les Nations Unies comme une communauté volontaire. Voir aussi, PICONE, Paolo, « Nazioni Unite e obblighi 'erga omnes' », *Comunità Internazionale*, vol. 48, 1993, p. 717. Selon lui, l'ONU a une double nature: une organisation internationale traditionnelle et dans certains cas, elle est un organe de la communauté internationale, qui agit au nom du bien-être collectif et de l'intérêt commun.

<sup>1927</sup> James Crawford distingue entre deux idées de constitution: « ...*a constitution is that which constitutes an entity- of whatever kind- that which initiates and defines a body with continuing existence and activity distinct from that of its instigators and participants. (...) It may simply mean the constituent instrument of an organization. (...) But there is also the idea of constitution in a stronger sense- a constitution which constitutes a society and not just an organization- a constitution which is basal and not only bureaucratic.* », CRAWFORD, James, «The UN Charter as a Constitution», ..., p. 8. Voir aussi MOSLER, Hermann, *The International society as a legal community*, ..., p. 32:

«*The constitution of a society, whether it regulates life within a State or the coexistence of a group of States, is the highest law in society. It transforms a society into a community governed by law. It provides for the necessary organisation and for the division of competence of organs established under fixed procedural rules. In spite of the lack of a general constitution for the functioning of the international community, there are many constitutional elements of varying form and importance. It has become common to speak of the statutes of international organisations as constitutions. They have, indeed, the essential features of a constitution. Their object is, however, restricted compared with the traditional meaning of a constitution as the supreme law capable of regulating everything and binding everybody within its territorial jurisdiction. Of course, the so-called constitutions of international organisations have no such omnipotence. The Charter of the United Nations is certainly no exception. Any society, however unorganised it may be, must have one essential constitutional rule in the absence of which it would not be a community but simply*

preuve exprimant l'intention des Etats signataires de la doter de cette nature n'a pu être décelée, « *therefore no over and above entity could be really created, in 1919 or 1945, by a mere inter-state treaty* ». <sup>1928</sup>

Pour reprendre la thématique générale, il est difficile d'accepter que l'article 103 puisse être la justification légale du caractère constitutionnel de la Charte, même si les tenants de cette approche le considèrent comme l'indice premier. Le champ d'application et les effets limités de la disposition, ainsi que le constat que les accords incompatibles avec la Charte ne soient pas automatiquement frappés de nullité, sanction qui devrait frapper la violation d'une norme constitutionnelle supérieure par une norme de degré inférieur, tendent à confirmer que la Charte ne soit pas dotée d'une indérogabilité de type constitutionnel et que la portée de l'article 103 se doit d'être nuancée. <sup>1929</sup> Il est dangereux d'adopter une lecture de la disposition qui mène à conforter une approche qui n'est finalement que minoritairement reconnue et de plus en plus contestée.

*« L'article 103 de la Charte des Nations Unies implique à n'en pas douter la supériorité hiérarchique de la Charte par rapport à d'autres chapitres du droit international, alors que l'idée même de jus cogens donne à penser que même l'action politique des Nations Unies peut se heurter à des limites «constitutionnelles.»* <sup>1930</sup>

L'article 103 établit une règle de priorité, un principe directeur dans la résolution de certains conflits entre des normes et entre des valeurs, mais il laisse néanmoins un certain nombre de questions irrésolues; de ce fait, il ne faut pas le « *considérer comme l'élément clef permettant de reconnaître à la Charte les qualités d'une constitution de la communauté internationale* ». <sup>1931</sup>

L'analogie avec le droit interne n'est pas adaptée à la réalité et même les auteurs, qui attachent à la Charte une valeur constitutionnelle, réalisent le clivage entre leur approche et les exigences de la vie internationale et se résolvent à reconnaître que la comparaison avec les situations nationales ne doit pas être démesurée. <sup>1932</sup>

---

*a collection of individuals. (...) The statutes of the present organisations of States taken as a whole amount to a considerable element of constitutional life in international society. »*

<sup>1928</sup> ARANGIO-RUIZ, Gaetano, «The "Federal Analogy and UN Charter Interpretation: A Crucial Issue"»,..., p. 14

<sup>1929</sup> Certes, la nullité n'est pas la seule sanction, l'acte contraire pouvant être frappé *ex nunc* d'inexistence ou être uniquement écarté mais en général, la méconnaissance d'une norme juridique supérieure entraîne l'annulation (nullité *ab initio*) de la norme inférieure incompatible.

<sup>1930</sup> *Fragmentation du Droit International. Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, Rapport du Groupe d'Etude de la Commission du droit international, établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi*..., p. 225, § 409

<sup>1931</sup> THOUVENIN, Jean-Marc, «Article 103»..., p. 2146. Relevons cette remarque pertinente du Prof. Koskenniemi: « (...) if the UN Charter really was a constitution of mankind, its character as such could be derived neither from popular legitimacy nor sociological effectiveness. Even as Article 103 may seem like a constitutional provision, few would confidently use it to uphold the primacy of Security Council decisions over, for example, human rights treaties. », KOSKENNIEMI, Martti, LEINO, Päivi, « Fragmentation in International Law? Post-Modern Anxieties »,..., p. 559.

<sup>1932</sup> DUPUY, Pierre-Marie, «The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited»,..., p. 2: « (...) the sharp contrast still existing between, on the one hand, the exigencies of normative and organic integration attached to the idea of constitution, and on the other hand, the persisting dissemination of power among competing

« *The establishment of such normative hierarchy in derogation to the common law of treaties does create a situation which, in some respect, seems similar to the one existing at the municipal level between constitution and ordinary legislation. However the similarity should not be exaggerated.* »<sup>1933</sup>

Indépendamment de l'approche interprétative, il existe certaines limites générales à l'élargissement des effets de l'article 103, qui ont des conséquences sur la nature indérogeable de la Charte. La première limite à la primauté des obligations onusiennes est naturellement constituée par le *jus cogens*, les normes relevant de cette catégorie ne pouvant être écartées au nom de la réalisation des obligations issues de *Charte des Nations Unies*.

« *There is no longer a person (the king) or an institution (the parliament), a text (the constitution) or even a source (the people, the nations) that can plausibly serve as an ultimate normative point of reference and symbol of the unity and coherence of the legal and political world. In this sense, the world may be moving beyond constitutions. But it may just be discovering constitutionalism beyond the state.* »<sup>1934</sup>

## 2. Obstacles à l'extension du champ d'application de l'article 103

### a. Le *jus cogens*, une indérogeabilité impérative

Il semble peu probable que des obligations issues du texte même de la Charte puissent entrer en conflit avec des normes impératives de droit international général. Certaines dispositions de la Charte sont fréquemment citées comme appartenant à la catégorie des normes de *jus cogens*: interdiction du recours à la force, droit à l'auto-détermination, respect et promotion des droits de l'homme impératifs, entre autres.<sup>1935</sup> Une concordance relative existe entre les principes mentionnés aux articles 1 et 2 et les normes de *jus cogens* reconnues comme telles aujourd'hui. Dans une certaine mesure, la Charte a aidé à la concrétisation du *jus cogens* en droit positif, car il est évident qu'elle a inspiré l'esprit et l'essence de la majorité des règles impératives.

On peut imaginer que des obligations dérivées, comme une résolution du Conseil de sécurité, puissent néanmoins mener à un conflit; il y aurait alors une incompatibilité, un véritable « clash » entre des indérogeabilités de nature différente: celle attachée aux obligations onusiennes en vertu

---

*and formally equal sovereign states...»*; FASSBENDER, Bardo, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community...*, «*The factual state of affairs does not, or not yet permit the complete integration of the constitutional norms into the dynamics of political life.*», citant Loewenstein, p. 118

<sup>1933</sup> DUPUY, Pierre-Marie, «*The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited*»,...,p. 13

<sup>1934</sup> KUMM, Matthias, «*The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis*», *European Journal of International Law*, vol. 15, N°5, 2004, p. 931

<sup>1935</sup> Quant aux règles non explicitement mentionnées, mais bénéficiant d'un lien avec la Charte, on peut citer l'interdiction du génocide ou de l'apartheid. « *... even if it is true that the Charter cannot pretend to list explicitly each and every peremptory norm of modern international law, it remains evident that all of them benefit from a substantial link with it.* », DUPUY, Pierre-Marie, «*The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited*»,..., p. 11

de l'article 103 et celle découlant de la définition même des normes de *jus cogens*, énoncée à l'article 53 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*.

« *Suppose a SC's resolution imposes an economic embargo on a state, may be in connection with military measures, and this resolution could entail a intolerable starvation whose result would be comparable with a genocide...* »<sup>1936</sup>

Malgré les divergences existantes sur le fait de savoir dans quelle mesure le Conseil peut ne pas respecter des normes de *jus dispositivum*, un constat est clair, il ne peut prendre une décision pouvant mener à la violation d'une norme impérative.<sup>1937</sup> Le *jus cogens* protège des valeurs fondamentales, auxquelles il ne peut être dérogé en aucune circonstance. Si les Etats ne peuvent déroger aux normes impératives, ils ne peuvent employer une organisation internationale qu'ils ont eux-mêmes créée pour enfreindre le principe, ni conférer à celle-ci plus de pouvoirs qu'ils ne peuvent exercer individuellement.<sup>1938</sup>

Le juge *ad hoc* Lauterpacht énonça que la primauté attachée aux résolutions du Conseil ne pouvait trouver application, si ces dernières entraînent en conflit avec l'interdiction du génocide.

---

<sup>1936</sup> DOEHRING, Karl, «Unlawful Resolutions of the Security Council and their Legal Consequences»,..., p. 99. L'auteur déduit que toute résolution, prise en violation d'une norme de *jus cogens*, ne produira pas d'effets contraignants et sera frappée de nullité.

Le Professeur Orakhelashvili offre plusieurs exemples de conflits normatifs entre une résolution du Conseil et une norme de *jus cogens* :

- Le Conseil soutient implicitement une violation d'une norme impérative: l'adoption des Résolutions 731 et 748 contre la Lybie, les Etats-Unis et le Grande-Bretagne ayant menacé celle-ci de recourir à la force, ce qui viole la norme impérative d'interdiction de l'emploi de la force armée ou la menace de son emploi.
- Le Conseil approuve explicitement la violation d'une norme impérative: adoption de la Résolution 1031 relative aux pouvoirs du Haut-représentant pour la Bosnie.
- L'absence de réaction du Conseil lors de la violation d'une norme impérative: cas du Timor-Oriental; génocide au Rwanda; annexion de Jérusalem Est par Israël ou encore l'action de l'OTAN en Bosnie.
- Validation subséquente par le Conseil de violations de normes de *jus cogens*: adoption de la Résolution 1203 concernant la RFY et adoption de la Résolution 1244 relative au Kosovo.
- Résolutions générant ou pouvant générer des violations du *jus cogens*: sanctions économiques contre l'Irak affectant la population civile, sanctions prises contre la Yougoslavie ou Haïti ou encore, les sanctions imposées à des individus dans le cadre de la lutte contre le terrorisme.

ORAKHELASHVILI, Alexander, *Peremptory norms in international law*...pp. 440-458

<sup>1937</sup> Comme souligné *supra*, plusieurs approches existent relativement aux limites devant être imposées à l'action du Conseil en vertu du Chapitre VII. Il est évident que malgré les variations, toutes acceptent qu'il doit, au moins, respecter les normes de *jus cogens*. Voir, BIANCHI, Andrea, «Assessing the Effectiveness of the UN Security Council's Anti-Terrorism Measures...», pp. 886-887. Voir le consensus doctrinal: ALVAREZ, Jose E., «Judging the Security Council»,..., p. 17; DINSTEIN, Yoram, «The Lessons of the Gulf War», *Austrian Journal of Public and International Law*, vol. 48, 1995, p. 9; FRANCK, Thomas, «The Political and Judicial Empires: Must there be a Conflict over Conflict-Resolution? », in AL-NAUMI Najeeb, MEESE, Richards, (Eds.), *International Legal Issues Arising under United Nations Decade of International Law*, The Hague/London/Boston, Martinus Nijhoff. Publishers, 1995, p. 662; REINISCH, August, «Developing Human Rights and Humanitarian Law Accountability of the Security Council for the Imposition of Economic Sanctions»,..., pp. 851-871; WATSON, Geoffrey, «Constitutionalism, Judicial Review and the World Court», *Harvard International Law Journal*, vol. 34, 1993, p. 38.

<sup>1938</sup> Les arguments suivants sont avancés pour conclure que la primauté issue de l'article 103 s'arrête devant le *jus cogens*: les organes onusiens doivent agir en conformité avec le droit international; le texte même de la disposition; l'objectif de l'article 103 est d'éviter que la responsabilité internationale d'un Etat soit engagée lorsqu'il exécute ses engagements onusiens. De plus, l'article 103 ne mène pas à la primauté de la Charte sur le droit international général, et même si cela était le cas, en tant que disposition conventionnelle, l'article 103 ne pourrait pas affecter les normes de *jus cogens*. Voir ORAKHELASHVILI, Alexander, *Peremptory norms in international law*...pp. 435-436

« *The relief which Article 103 of the Charter may give the Security Council in case of conflict between one of its decisions and an operative treaty obligation cannot - as a matter of simple hierarchy of norms - extend to a conflict between a Security Council resolution and jus cogens. Indeed, one only has to state the opposite proposition thus - that a Security Council resolution may even require participation in genocide - for its unacceptability to be apparent.* »<sup>1939</sup>

Même si l'on acceptait que l'article 103 puisse déployer ses effets au droit international général, il n'affecterait pas l'opération du *jus cogens*, car d'une part, il demeure une disposition conventionnelle et d'autre part, les normes impératives sont recouvertes d'une indérogeabilité spécifique qui prévaut sur tous les autres types d'indérogeabilité.<sup>1940</sup>

Les normes impératives de *jus cogens* s'appliquent aux actes du Conseil de diverses manières. Premièrement, certaines sont incluses dans le texte de la Charte et, en vertu de l'article 24, le Conseil doit respecter les principes et buts des Nations Unies qui correspondent majoritairement, comme mentionné au préalable, à des normes appartenant au *jus cogens*; l'article 25 rend la force contraignante de ses actions conditionnelle à ce respect. Ensuite, les pouvoirs du Conseil de sécurité sont fondés sur un traité, soumis aux règles en la matière; par conséquent, les normes impératives de droit international général constituent des « *insurmountable limitations upon both the conferment and the exercise of competence flowing from the Charter* »,<sup>1941</sup> une limitation inhérente aux pouvoirs de toute organisation fondée sur un traité international interétatique, soumis aux règles codifiées dans la CVDT.<sup>1942</sup> La controverse, qui fut soulevée *supra*, relative au fait de savoir si les organisations internationales sont liées par les obligations conventionnelles à la charge des Etats membres, ne sera pas abordée. Les organisations internationales sont, indépendamment de la réponse donnée à cette question, soumises au droit international général.<sup>1943</sup> Le *jus cogens* implique que ses normes doivent être respectées par tous les sujets de droit, incluant les organes et institutions créés par les Etats. Face à l'indérogeabilité impérative, la Charte redevient un traité international ordinaire et la règle de priorité énoncée à l'article 103 se voit paralysée par

---

<sup>1939</sup> Opinion séparée du juge Lauterpacht, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Bosnie-Herzégovine vs. Serbie-et-Monténégro*, Nouvelles demandes en indication de mesures conservatoires, Ordonnance du 13 septembre 1993, CIJ, Recueil CIJ 1993, §§ 99-100.

Avis également soutenu par le Professeur Gasser: « *Article 103 makes it clear that there is also no way for the SC to disregard international obligations other than those enshrined in international treaties, i.e. general principles of law or customary law. Jus cogens norms including the considerations of humanity constitute absolute prohibitions which bind the hands not only of States but also of the Security Council.* », GASSER, Hans-Peter, « *Collective Economic Sanctions and International Humanitarian Law* », *ZaöRV*, vol. 56, 1996, p. 881.

<sup>1940</sup> Voir: *International Law Association Report on Accountability of International Organisations*, Berlin Conference, 2004, <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/9>, consulté le 20 juillet 2010

<sup>1941</sup> HERDEGEN, Matthias, J., « *The "Constitutionalization" of the UN Security System* », ..., p. 156

<sup>1942</sup> La Charte est sujette aux effets des articles 53 et 64 de la CVDT. « *While concluding a treaty, states can not be presumed to authorize acts contrary to jus cogens...it must be presumed that a treaty-based institution is not endowed with powers to act in contravention to jus cogens or to override its operation. Acts contrary to jus cogens are beyond the powers of an institution, ultra vires.* », ORAKHELASHVILI, Alexander, « *The Impact of Peremptory Norms on the Interpretation and Application of the United Nations Security Council Resolutions* », ..., p. 68

<sup>1943</sup> Voir *supra* partie IV. A. 2. b. iii.

l'intervention du *jus cogens*. Logiquement, si les normes impératives de droit international général ne sont pas sujettes aux dérogations, il serait absurde que les obligations issues de la Charte constituent une exception.<sup>1944</sup>

Il n'existe aucune autre illustration aussi probante que l'arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes dans l'affaire *Kadi*, relativement à l'importance accordée aux normes de *jus cogens*. Après avoir soutenu qu'il ne pouvait pas contrôler la régulation contestée au regard des droits fondamentaux, car celle-ci mettait en œuvre une résolution du Conseil, le Tribunal se considéra toutefois compétent pour vérifier la validité de la résolution à la lumière du *jus cogens*. Ceci permit d'arriver à la conclusion, qu'en cas de violation de normes impératives, la résolution du Conseil n'aurait pas lié les Etats membres de l'ONU, puisqu'elle aurait été adoptée *ultra vires*.

«230. Le droit international permet ainsi de considérer qu'il existe une limite au principe de l'effet obligatoire des résolutions du Conseil de sécurité: elles doivent respecter les dispositions péremptoires fondamentales du *jus cogens*. Dans le cas contraire, aussi improbable soit-il, elles ne lieraient pas les États membres de l'ONU ni, dès lors, la Communauté.

231. Le contrôle juridictionnel incident exercé par le Tribunal, dans le cadre d'un recours en annulation d'un acte communautaire adopté, sans exercice d'une quelconque marge d'appréciation, en vue de mettre en œuvre une résolution du Conseil de sécurité, peut donc très exceptionnellement s'étendre à la vérification du respect des règles supérieures du droit international relevant du *jus cogens* et, notamment, des normes impératives visant à la protection universelle des droits de l'homme, auxquelles ni les États membres ni les instances de l'ONU ne peuvent déroger parce qu'elles constituent des « principes intransgressibles du droit international coutumier » (avis consultatif de la Cour internationale de justice du 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Rec. 1996, p. 226, point 79; voir également, en ce sens, conclusions de l'avocat général M. Jacobs sous l'arrêt *Bosphorus*, point 189 *supra*, point 65). »<sup>1945</sup>

Et même si la Cour donna une définition inédite des normes de *jus cogens*, à savoir « des règles supérieures du droit international relevant du *jus cogens* et, notamment, des normes impératives visant à la protection universelle des droits de l'homme, auxquelles ni les États membres ni les instances de l'ONU ne peuvent déroger parce qu'elles constituent des « principes intransgressibles du droit international coutumier », et qu'elle procéda à un mélange confus entre *jus cogens*, droits de l'homme, droit humanitaire et droit coutumier, cette attitude démontre toutefois que le concept même du *jus cogens* a un poids non-négligeable au sein de l'ordre juridique international et qu'une certaine unité, basée sur des valeurs communes, existe.<sup>1946</sup> La

---

<sup>1944</sup> Voir PAUST, Jordan J., «Peace-Making and Security Council Powers: Bosnia-Herzegovina Raises International and Constitutional Questions», *Southern Illinois University Law Journal*, vol. 19, 1994-1195, p. 139: «The fact that article 103 of the Charter compels a primacy of member obligations under the UN Charter over more ordinary treaties does not deny the relevance of customary *jus cogens* as norms pre-empting any international agreement. »

<sup>1945</sup> *Affaire Kadi*, TPI, §§ 230-231; *Affaire Yusuf*, §§ 281-282; *Affaire Sayadi* devant le Comité des droits de l'homme, qui accepta que l'article 103 ne donne pas prééminence aux obligations issues de la Charte sur le *jus cogens*. (§§ 5.7-5.9)

<sup>1946</sup> Même les grands défenseurs d'un Conseil de sécurité quasi-omnipotent ne peuvent nier que le *jus cogens* ne souffre d'aucune dérogation et que la force l'article 103 s'efface devant lui. Voir, WOOD, Michael, «The UN Security Council and International Law- Second Lecture: The Security Council's Powers and their Limits»,...

confrontation entre l'indérogeabilité absolue et impérative liée au *jus cogens* et l'indérogeabilité limitée de la Charte, se solde par la victoire de la première. Le *jus cogens* constitue la limite ultime à l'action des Nations Unies.

### **b. L'article 103 n'est pas une solution aux conflits de compétence**

Les juridictions internationales et nationales ont fait preuve d'une certaine réticence à contrôler les décisions prises par les organes des Nations Unies et leur raisonnement a été juridiquement justifié sur la base de l'article 103. L'article permettrait de faire obstacle à la mise en œuvre des procédures de recours prévues par des traités internationaux, ou par le droit interne, en cas d'allégation de violations de leurs dispositions. Ce raisonnement paraît incorrect, car la disposition ne donne pas de solution aux conflits pouvant survenir entre des procédures ou entre les compétences dévolues à des organes. La Cour internationale de Justice a implicitement reconnu sa capacité de contrôle indirect sur la validité des résolutions du Conseil, dans la mesure où cela est nécessaire pour résoudre les différends auxquels elle est confrontée.<sup>1947</sup> Cette affirmation peut donc être transposée à toute juridiction, y compris régionale ou nationale; en effet, le caractère prioritaire de la Charte et des décisions des organes onusiens ne les empêchent pas d'exercer leurs compétences.

L'article 103 concerne des conflits normatifs survenant entre les obligations matérielles des Etats membres: l'article ne peut être interprété comme ôtant le pouvoir à un tribunal ou un autre organe de se prononcer sur un différend, uniquement, parce que cela pourrait mener à une situation d'incompatibilité avec des obligations issues de la Charte. On peut se demander quelle est le fondement juridique de l'attitude de la CrEDH et, dans une certaine mesure, du TPI dans les *affaires Kadi/Yusuf*: pourquoi donc un organe, mis en place pour contrôler le respect de son instrument, devrait refuser d'exercer sa compétence en raison du fait que les allégations concernent un Etat qui agit pour implémenter une résolution du CdS?<sup>1948</sup> L'article 103 ne détruit pas la compétence de ces organes. Evidemment, le prononcé ou sa mise en œuvre peuvent générer un conflit avec une obligation onusienne et à ce moment précis, la disposition jouera son rôle.

---

<sup>1947</sup> Voir notamment *supra* **partie IV. B. 1. a.** Contrôle est ici compris comme le pendant français de « *review* », processus qui permet à des autorités d'un Etat, d'ajuster ou de vérifier une décision émanant d'une autre autorité.

<sup>1948</sup> «225. Force est donc de considérer que les résolutions en cause du Conseil de sécurité échappent en principe au contrôle juridictionnel du Tribunal et que celui-ci n'est pas autorisé à remettre en cause, fût-ce de manière incidente, leur légalité au regard du droit communautaire. Au contraire, le Tribunal est tenu, dans toute la mesure du possible, d'interpréter et d'appliquer ce droit d'une manière qui soit compatible avec les obligations des États membres au titre de la charte des Nations unies. », *affaire Kadi*, TPI, 2005.

« (...) However, that assertion clearly goes too far. Of course, if the Court were to find that the contested resolution cannot be applied in the Community legal order; this is likely to have certain repercussions on the international stage... While it is true that the restrictions which the general principles of Community law impose on the actions of the institutions may inconvenience the Community and its Member States in their dealings on the international stage, the application of these principles by the Court of Justice is without prejudice to the application of international rules on State responsibility or to the rule enunciated in Article 103 of the UN Charter. »<sup>1949</sup>

L'article 103 implique une préséance de type matériel et non une primauté procédurale: la disposition ne doit être utilisée pour décliner l'exercice de contrôle sur la validité des résolutions du Conseil de sécurité. Le refus est souvent motivé par des considérations politiques, mais ne peut en aucun cas être légitimé sur la base de l'article 103.<sup>1950</sup> L'approche peut se révéler être problématique, car un contrôle judiciaire par un organe régional ou spécialisé peut entraîner la non-exécution de la mesure édictée par le Conseil, mais cela n'est-il pas la reconnaissance qu'il est temps de penser à une réforme en profondeur de ce dernier? Sans une transformation du fonctionnement du CdS, les diverses instances vont se sentir de plus en plus contraintes de scruter ses actions et il est vrai, qu'à terme, les conséquences sur l'autorité et l'efficacité des NU pourraient être lourdes. Les organes exerçant leur compétence de contrôle doivent faire preuve de retenue et tenter de trouver un équilibre entre les buts promus par les Nations Unies et l'appréciation des actions qu'ils perçoivent comme illicites, en fonction de leurs standards respectifs. Le Conseil de sécurité n'ayant pas son propre système de supervision, il revient aux autres juridictions d'assumer ce rôle.<sup>1951</sup> Les instances domestiques se permettent d'entreprendre un contrôle sur les mesures nationales de mise en œuvre des décisions du CdS.<sup>1952</sup>

*«In effect, the challenge of legality of Council measures, whether through political or judicial organs, whether directly or indirectly, amounts to the exercise of the power of auto-determination of States that a violation has occurred. The necessary corollary of an internationally wrongful act in the form of an illegal Council decision is the engagement of international responsibility of the UN. »*<sup>1953</sup>

Selon A. Tzanakopoulos, l'Etat lésé par une décision illégale du CdS se voit alors octroyer le droit de prendre des contre-mesures, que l'auteur assimile à des sanctions, pour obtenir cessation et

---

<sup>1949</sup> *Opinion of Advocate General Poiras Maduro delivered on 16 January 2008, Case C-402/05 P, Yassin Abdullah Kadi vs. Council of the European Union and Commission of the European Communities, §§ 38-39*

<sup>1950</sup> «It is difficult to go beyond these hypotheses and to construe Art. 103 as a provision affecting the jurisdiction of a judicial body set up by a human rights treaty when the findings of such a body can potentially create a situation of inconsistency with SC resolutions. », CANNIZZARO, Enzo, «Machiavelli, The UN Security Council and the Rule of Law»..., p. 15

<sup>1951</sup> Sur le conflit entre les juridictions, voir: SLAUGHTER, Anne-Marie, « A Global Community of Courts », *Harvard International Law Journal*, vol. 44, 2003, pp. 191-220; SLAUGHTER, Anne-Marie, « Judicial Globalization », *Virginia Journal of International Law*, vol. 40, 1999-2000, pp. 1003-1024; LAVRANOS, Nikolaos, « On the Need to Regulate Competing Jurisdictions between International Courts and Tribunals », *EUI Working Papers*, Max Weber Programme 2009/14; REINISCH, August, « International Courts and Tribunals, Multiple Jurisdiction », in *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

<sup>1952</sup> Voir *supra* **partie IV. A. 3.**

<sup>1953</sup> Voir TZANAKOPOULOS, Antonios, *Disobeying The Security Council. Countermeasures against Wrongful Sanctions...* p. 137

réparation pour le dommage subi. La détermination, par l'organe saisi, de l'illégalité des mesures prises en application d'une décision du CdS constitue la première réponse à l'acte illicite initial commis par l'organisation. Suite à ce constat, qui peut être établi par tout type d'organe, y compris l'exécutif, l'Etat peut décider de désobéir aux injonctions obligatoires du CdS, ce qui représente une violation de l'obligation l'Etat en vertu de l'article 25. Toutefois, l'acte de désobéissance est également compris comme une contre-mesure prise par l'Etat en réaction au fait illicite. D'ailleurs, Tzanakopoulos identifie d'autres contre-mesures possibles, comme le retrait des contributions de l'Etat à l'ONU ou l'assistance apportée à l'Etat ou l'entité visé par l'action du CdS.<sup>1954</sup> Cette application décentralisée des sanctions est d'autant plus fréquente et importante au niveau international, étant donné que l'application du droit n'est pas garantie par une juridiction obligatoire. Toutefois, il est accepté que:

*«...that the decentralized application of sanctions is an inherently destabilizing process for implementing the law is beyond doubt. Yet is not destabilizing enough to threaten the existence of the entire system. »*<sup>1955</sup>

Selon notre opinion, l'article 103 n'est pas la solution aux conflits de juridictions qui, pourtant, représentent la majorité des situations où l'article a été invoqué; en effet, il ne s'agit que très rarement de conflits entre des obligations matérielles.<sup>1956</sup> Ces conflits peuvent survenir entre des organes de nature différente, juridictionnels, politiques ou législatifs. Les fora doivent avoir recours à des méthodes d'interprétation et d'application des divers ensembles de normes, afin de concilier des obligations qui semblent, *a priori*, incompatibles. L'article 103 ne peut être utilisé, pour donner aux Nations Unies une autorité supérieure ou une priorité de juridiction relativement à tout domaine. D'ailleurs, la Charte elle-même le reconnaît, en ce qui concerne ses relations avec d'autres organisations internationales et agences: tout différend doit être réglé par voie de consultations et de recommandations, en vertu de ses Chapitres VI et VIII.<sup>1957</sup>

---

<sup>1954</sup> «*State disobedience can be only qualified as a countermeasure, otherwise it must be conceded to be a wrongful act engaging responsibility, claims of last resort notwithstanding...For one, it is theoretically possible that States may resort to countermeasures against a responsible IO. For another, disobedience violates the State's obligation to comply with a valid SC resolution under Article 25, but this is in response to the Council's unlawful behaviour in issuing norm resolution.* », TZANAKOPOULOS, Antonios, *Disobeying The Security Council. Countermeasures against Wrongful Sanctions...*p. 17

<sup>1955</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>1956</sup> Si l'on prend une résolution du Conseil qui peut sembler être en conflit avec des obligations issues d'un traité en matière de droits de l'homme: le fait que la résolution ne fournisse pas de mécanisme de contrôle et ne fasse pas référence aux garanties en la matière ou soit juste silencieux sur cette question, n'empêche pas les Etats de remplir leurs obligations relatives aux droits et libertés fondamentales de la personne.

<sup>1957</sup> Bien d'autres arguments peuvent être avancés par une instance pour ne pas s'aventurer dans un contrôle de licéité d'une décision d'un organe d'une organisation internationale: la doctrine qui soutient que les actes de ces dernières sont assimilables à des actes d'Etats étrangers et sont donc soumis à la théorie de *l'act of state*; les différends impliquant la licéité de ce type d'actes ne sont pas justiciables ou encore, la théorie qui veut que seuls les organes exécutifs d'un Etat puissent exercer cette compétence, comme mentionné dans la Constitution américaine.

### c. Les affaires Kadi

Les trois *affaires Kadi* ont entraîné un débat doctrinal intense, notamment sur les rapports entre l'ordre juridique international et l'ordre communautaire européen et ont participé à éclairer les contours de l'article 103 et imposer certaines limites à ses effets.<sup>1958</sup> La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) renversa l'arrêt du Tribunal de première instance rendu dans les *affaires Kadi et Yusuf* en 2005. Dans ces deux affaires, les plaignants exigeaient l'annulation du Règlement communautaire 881/2002, qui fut adopté pour mettre en œuvre les Résolutions 1267 et 1333 du Conseil de sécurité.<sup>1959</sup> Ces dernières imposaient des mesures restrictives à des personnes ou entités liées à Oussama Ben Laden, à Al-Qaïda et aux Talibans. Il fut soutenu par les parties

---

<sup>1958</sup> Notamment: DE BURCA, Grainne, «The European Courts and the Security Council: Between Dédoublément Fonctionnel and Balancing of Values: Three replies to Pasquale de Sena and Maria Chiara Vitucci», *European Journal of International Law*, vol. 20, N° 3, 2009, pp. 853-887; DE BURCA, Grainne, «The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi», *Jean Monnet Working Paper 01/09*, janvier 2009, [www.JeanMonnetPrgram.org](http://www.JeanMonnetPrgram.org), consulté le 4 mars 2010; CANOR, Iris, «The European Courts and the Security Council: Between Dédoublément Fonctionnel and Balancing of Values: Three Replies to Pascal De Sena and Maria Chiara Vitucci», *European Journal of International Law*, vol. 20, N°3, 2009, pp. 853-887; D'ASPREMONT, Jean, DOPAGNE, Frédérique, «Kadi : The ECJ's Reminder of the Elementary Divide Between Legal Order», *International Organizations Law Review*, vol. 5, 2008, pp. 371-379; DE SENA, Pasquale, VITUCCI, Maria Chiara, «The European Courts and the Security Council: Between Dédoublément Fonctionnel and Balancing of Values», *European Journal of International Law*, vol. 20, N°1, 2009, pp. 193-228; VAN DEN HERIK, Larissa, SCHRIJVER, Nico, «Eroding the Primacy of the UN System of Collective Security: The Judgment of the European Court of Justice in The Case of Kadi and Al Barakaat», *International Organizations Law Review*, vol. 5, 2008, pp. 329-338; HINOJOSA MARTINEZ, Luis, «Bad Law for Good Reasons: The Contradictions of the Kadi Judgment», *International Organizations Law Review*, vol. 5, 2008, pp. 339-357; HILPOLD, Peter, «UN Sanctions Before the ECJ: The Kadi Case», in REINISCH, August, (Ed.), *Challenging Acts of International Organizations before National Courts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 18-53; LAVRANOS, Nikolaos, «UN Sanctions and Judicial Review», in WOUTERS, Jan, NOLLKAEMPER, André, DE WET, Erika, (Eds.), *The Europeanisation of International Law, The Status of International Law in the EU and its Member States*, La Haye, TMC Asser Press, 2008, pp. 185-204; LAVRANOS, Nikolaos, «Joined Cases C-402/05P and C-415/05P, Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Union and Commission of the European Communities Judgment of the European Court of Justice (Grand Chamber) 3 September 2008», *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 36, N° 2, 2009, pp. 157-183; KLABBERS, Ian, «Kadi Justice at the Security Council?», *International Organizations Law Review*, vol. 4, 2007, pp. 293-304; POSCH, Albert, «The Kadi Case: Rethinking the Relationship Between EU Law and International Law», *Columbia Journal of European Law Online*, vol. 15, 2009, pp. 1-5; WESSEL, Ramses A., «Editorial: The UN, The EU and Jus Cogens», *International Organizations Law Review*, vol. 3, 2006, pp. 1-6; WESSEL, Ramses A., «The Kadi Case: Towards a More Substantive Hierarchy in International Law», *International Organizations Law Review*, vol. 5, 2008, pp. 323-327; DE WET, Erika, «The Role of European Courts in Reviewing Conflicting Obligations under International Law», *International Organizations Law Review*, vol. 5, 2008, pp. 359-364; WOOD, Michael, «The UN Security Council and International Law», *Hersch Lauterpacht Memorial Lectures*, University of Cambridge, 7-9 novembre 2006,

[http://www.lcil.cam.ac.uk/lectures/2006\\_sir\\_michael\\_wood.php](http://www.lcil.cam.ac.uk/lectures/2006_sir_michael_wood.php), consulté le 15 juin 2010

<sup>1959</sup> Règlement (CE) n° 881/2002 du Conseil du 27 mai 2002 instituant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités liées à Oussama ben Laden, au réseau Al-Qaeda et aux Talibans, et abrogeant le règlement (CE) no 467/2001 du Conseil interdisant l'exportation de certaines marchandises et de certains services vers l'Afghanistan. Ici, il était question du régime des sanctions établies par le CdS dans sa Résolution 1267 contre le régime taliban, régime étendu par d'autres résolutions à l'encontre de groupes et d'individus suspectés d'être liés à Al-Qaeda. L'Union européenne décida de mettre en œuvre les sanctions de manière collective à travers les mécanismes communautaires et adopta la régulation susmentionnée. Les avoirs des plaignants furent gelés sur cette base. Ils alléguèrent des violations de leurs droits en vertu de la CEDH. Le TPI conclut que les limitations apportées aux droits étaient justifiées

que ce règlement violait leurs droits fondamentaux, notamment leur droit à un procès équitable, leur droit à un recours effectif et leur droit à la propriété.

Le Tribunal avait alors adopté la position suivante: l'ordre européen, fondé sur des traités interétatiques ordinaires, fut considéré comme un système non-indépendant soumis à l'ordre international.<sup>1960</sup> L'article 103 fut employé pour soutenir cette conclusion et fonder juridiquement la primauté des résolutions du CdS sur le droit communautaire.<sup>1961</sup> Le Tribunal se déclara incompétent pour examiner les mesures contestées au regard des standards européens en matière de droits de l'homme, exception faite pour les normes de *jus cogens*, seul ensemble normatif supérieur aux résolutions du Conseil de sécurité.<sup>1962</sup> Les Etats membres ont une obligation absolue de respecter les décisions du CdS et ne possèdent aucune marge d'appréciation lors de cet exercice.<sup>1963</sup> Toute vérification aurait pour effet d'engendrer un contrôle indirect sur la validité desdites résolutions de l'organe onusien, ceci entrant en conflit avec les engagements des Etats en vertu des articles 25, 48 et 103 de la Charte. Le Tribunal refusa la requête des plaignants invoquant l'absence de juridiction *ratione materiae*.<sup>1964</sup>

En 2008, la Cour de justice des communautés fut saisie.<sup>1965</sup> Elle se déclara compétente pour juger des affaires jointes susmentionnées et, cette fois-ci, conclut à la violation des droits des plaignants. Elle ordonna l'annulation du Règlement 881/2002 susmentionné. Bien que la Cour reconnut n'avoir aucune autorité pour contrôler la validité et la légalité desdites résolutions, y compris au regard du *jus cogens*,<sup>1966</sup> et que l'article 103 ne soit pas mentionné dans son raisonnement, cet arrêt

---

<sup>1960</sup> § 231 de l'arrêt *Yusuf*: «Force est de constater que, du point de vue du droit international, les obligations des États membres de l'ONU au titre de la charte des Nations unies l'emportent incontestablement sur toute autre obligation de droit interne ou de droit international conventionnel, y compris, pour ceux d'entre eux qui sont membres du Conseil de l'Europe, sur leurs obligations au titre de la CEDH et, pour ceux d'entre eux qui sont également membres de la Communauté, sur leurs obligations au titre du traité CE. »

<sup>1961</sup> La règle de primauté identifiée découle toutefois du *Traité de la CE*, notamment de ses articles 297 et 307, voir les paragraphes 185 à 191 de l'arrêt *Kadi*, Tribunal de première instance.

<sup>1962</sup> § 226 de l'arrêt *Kadi*: «Le Tribunal est néanmoins habilité à contrôler, de manière incidente, la légalité des résolutions en cause du Conseil de sécurité au regard du *jus cogens*, entendu comme un ordre public international qui s'impose à tous les sujets du droit international, y compris les instances de l'ONU, et auquel il est impossible de déroger. »

<sup>1963</sup> *Ibidem*, §§ 213-215. Aucune violation de norme de *jus cogens* ne fut identifiée.

<sup>1964</sup> Le même raisonnement a été employé par le Tribunal Fédéral Suisse dans l'Affaire *Youssef Nada v. Secrétariat d'Etat à l'Economie et le Département Fédéral de l'Economie*, Arrêt du Tribunal fédéral du 14 novembre 2007, cas n° 1A.45/2007/daa.

<sup>1965</sup> Affaire *Yassin Abdullah Kadi-Al Barakaat*, 2008.

<sup>1966</sup> § 86 et §§ 286-287: «86. Force est donc de considérer que les résolutions en cause du Conseil de sécurité échappent en principe au contrôle juridictionnel du Tribunal et que celui-ci n'est pas autorisé à remettre en cause, fût-ce de manière incidente, leur légalité au regard du droit communautaire. Au contraire, le Tribunal est tenu, dans toute la mesure du possible, d'interpréter et d'appliquer ce droit d'une manière qui soit compatible avec les obligations des États membres au titre de la charte des Nations unies. (...)

Et voir *supra* note de bas de page 1892 pour le § 287.

a été perçu comme un changement d'attitude relativement à la présumée primauté des obligations issues de la Charte. Les décisions du Conseil ne sont pas directement sujettes au contrôle juridictionnel, mais une fois transposées en droit européen, la loi communautaire se doit de respecter les principes fondamentaux de l'Union. Par ailleurs, la Cour suggéra que l'immunité de juridiction relative aux mesures décidées par le Conseil n'était pas appropriée, étant donné que les procédures mises en place par le Comité des Sanctions manquaient de garanties suffisantes pour assurer un contrôle judiciaire efficace.<sup>1967</sup>

L'arrêt de 2008 tend certainement à renforcer l'autonomie des organes communautaires et du droit européen par rapport au droit international, mais aurait eu pour impact, selon certaines voix, de miner l'autorité et l'action des Nations Unies.<sup>1968</sup> Des doutes ont été exprimés quant à la pleine conformité de l'arrêt avec la Charte, notamment avec les articles 25 et 103, et il a été de plus avancé, que l'arrêt avait profondément modifié la structure de l'ordre juridique international par l'établissement d'une nouvelle hiérarchie normative.<sup>1969</sup> Cependant, la CJCE a réaffirmé la règle de préséance des obligations onusiennes et a confiné son contrôle de validité aux actes communautaires.<sup>1970</sup> La Cour a adopté une attitude que l'on pourrait caractériser de semi-dualiste: les Etats de la Communauté européenne sont soumis à l'obligation internationale de respecter les décisions du CdS, mais ils ont le devoir d'honorer cet engagement dans le respect des standards régionaux.

Dans le cas d'espèce, il était possible de mettre en œuvre les résolutions du Conseil sans violer les droits des plaignants, donc le conflit normatif au sens de l'article 103 n'existait pas et la priorité issue de la clause n'entraînait pas en jeu. Toutefois, il peut être inféré du raisonnement des juges que la primauté des obligations issues de la Charte doit s'arrêter, si l'exécution de ces dernières n'est pas compatible avec le respect des droits de l'homme, définis comme « *des principes qui relèvent*

---

<sup>1967</sup> § 321: «*En tout état de cause, l'existence, dans le cadre de ce régime des Nations unies, de la procédure de réexamen devant le comité des sanctions, même en tenant compte des modifications récentes apportées à celle-ci, ne peut entraîner une immunité juridictionnelle généralisée dans le cadre de l'ordre juridique interne de la Communauté.*»

<sup>1968</sup> «*If States all around the world make the applicability of SC decisions subject to their regional rules, the authority of the SC would be fatally wounded.*», HINOJOSA MARTINEZ, Luis, «*Bad Law for Good Reasons: The Contradictions of the Kadi Judgment*»,..., p. 344. Aussi, VAN DEN HERIK, Larissa, SCHRIJVER, Nico, «*Eroding the Primacy of the UN System of Collective Security: The Judgment of the European Court of Justice in The Case of Kadi and Al Barakaat*»,..., p. 330: «*The Judgement of the European Court (...) indirectly calls into question the primacy of the UN Security Council, if not the entire UN system of collective security.*»

<sup>1969</sup> HINOJOSA MARTINEZ, Luis, «*Bad Law for Good Reasons: The Contradictions of the Kadi Judgment*», ..., p. 346: «*But an international regional court (...) may not say that SC sanctions cannot be implemented because they are incompatible with its particular international regional law without questioning the hierarchy of norms in the international legal order.*»

<sup>1970</sup> § 288 de l'arrêt.

*des fondements mêmes de l'ordre juridique communautaire* ». <sup>1971</sup> Par conséquent, si un réel conflit normatif apparaissait, la préférence serait donnée aux droits fondamentaux, même si cela devait mener à une violation des obligations onusiennes. Contrairement aux dires de la Cour, la primauté des résolutions du Conseil de sécurité pourrait donc être indirectement remise en cause. <sup>1972</sup> L'arrêt définit des limites aux effets générés par l'article 103: le contrôle judiciaire au regard des droits fondamentaux est l'expression d'une garantie constitutionnelle issue du *Traité de la CE*, garantie qui ne peut être affectée par aucun accord international, pas même la Charte. <sup>1973</sup>

Le 30 septembre 2010, la septième chambre du Tribunal des communautés européennes rendit un troisième arrêt *Kadi*, le plaignant demandant l'annulation du Règlement N° 1190/2008 du 28 novembre 2008, adopté par la Commission pour se conformer à l'arrêt de 2008. <sup>1974</sup> Lors de leurs interventions, les institutions européennes et les gouvernements ont réitéré avec vigueur le risque de bouleversement auquel fait face le « régime de sanctions mis en place par les Nations unies, dans le cadre de la lutte contre le terrorisme international, qui résulterait de l'instauration à un niveau national ou régional d'un contrôle juridictionnel du type de celui préconisé par le requérant à la lumière de l'arrêt *Kadi* de la Cour ». <sup>1975</sup> Malgré les inquiétudes exprimées, le Tribunal confirma l'arrêt de 2008 et s'engagea même plus loin: il déclara que la Cour avait procédé à un contrôle juridictionnel total de la conformité du régime de sanctions instauré par les

---

<sup>1971</sup> § 304 de l'arrêt.

<sup>1972</sup> § 103: « Il n'appartient pas davantage au Tribunal de vérifier l'absence d'erreur d'appréciation des faits et des éléments de preuve que le Conseil de sécurité a retenus à l'appui des mesures qu'il a prises ni encore, sous réserve du cadre limité défini au point 282 ci-dessus, de contrôler indirectement l'opportunité et la proportionnalité de ces mesures. Un tel contrôle ne pourrait pas être exercé sans empiéter sur les prérogatives du Conseil de sécurité au titre du chapitre VII de la charte des Nations unies en matière de détermination, premièrement, d'une menace pour la paix et la sécurité internationales et, deuxièmement, des mesures appropriées pour y faire face ou y remédier. Au demeurant, la question de savoir si un individu ou une organisation représente une menace pour la paix et la sécurité internationales, de même que la question de savoir quelles mesures doivent être prises à l'égard des intéressés en vue de contrer cette menace, implique une appréciation politique et des jugements de valeur qui relèvent en principe de la seule compétence de l'autorité à laquelle la communauté internationale a confié la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales (§ 284 de *Kadi* 2005). »

<sup>1973</sup> § 316: « En effet, ainsi qu'il a déjà été rappelé aux points 281 à 284 du présent arrêt, le contrôle, par la Cour, de la validité de tout acte communautaire au regard des droits fondamentaux doit être considéré comme l'expression, dans une communauté de droit, d'une garantie constitutionnelle découlant du traité CE en tant que système juridique autonome à laquelle un accord international ne saurait porter atteinte. » L'arrêt fut ultérieurement confirmé par le Tribunal de première instance dans *Othman v. Conseil de l'Union européenne et la Commission des communautés européennes*, Affaire T-318/01, 11 juin 2009, qui mena à l'annulation du Règlement 881/2002, mais à nouveau sans aucune mention de l'article 103.

<sup>1974</sup> *Kadi* 2010. Le plaignant contestait la décision de la Commission de maintenir le gel de ses avoirs et son inscription sur la liste des individus ayant un lien avec les organisations terroristes, sur la base du nouveau règlement, qui avait modifié pour la cent et unième fois le Règlement N°881/2002 précédemment cité.

<sup>1975</sup> § 113 et voir aussi § 116: « À cet égard, il a notamment été soutenu que, bien que la Cour ait affirmé, au point 287 de son arrêt *Kadi*, qu'il n'incombait pas au juge communautaire, dans le cadre de la compétence exclusive que prévoit l'article 220 CE, de contrôler la légalité d'une résolution du Conseil de sécurité adoptée au titre du chapitre VII de la charte des Nations unies, il n'en demeure pas moins que contrôler la légalité d'un acte communautaire qui se borne à mettre en œuvre, au niveau de la Communauté, une telle résolution ne laissant aucune marge à cet effet revient nécessairement à contrôler, au regard des normes et des principes de l'ordre juridique communautaire, la légalité de la résolution ainsi mise en œuvre. »

Nations Unies avec le régime des droits fondamentaux prévu par le *Traité de la CE*. Le cadre constitutionnel de ce dernier représente « *un ordre juridique purement autonome, non subordonné aux normes supérieures du droit international, en l'occurrence le droit issu de la charte des Nations unies* ». <sup>1976</sup> Tout acte communautaire, qu'il vise ou non la mise en application d'une décision du CdS, peut subir un contrôle de validité par les instances européennes au regard des droits fondamentaux, car il s'agit de l'expression d'une garantie constitutionnelle inhérente à l'ordre juridique européen. <sup>1977</sup>

Le Tribunal reconnu sa compétence pour exercer une vérification complète de la légalité du règlement attaqué et ceci, tant que les procédures de réexamen mises en œuvre par le Comité des sanctions n'offrent pas les garanties d'une protection juridictionnelle suffisante. Le Tribunal arriva à la conclusion que le règlement devait être annulé. Les juges européens ont réitéré une nouvelle fois, sans en faire mention explicitement, que l'article 103 ne saurait permettre aux Etats ou à la CE de prendre des mesures pouvant mener à des violations injustifiées des principes essentiels de l'Union, car l'article ne régit pas les situations où le conflit entre obligations peut être réglé, sans avoir à déclencher la primauté issue de la disposition. La logique sécuritaire onusienne n'a donc plus le monopole et cède le pas devant la protection des droits de l'homme.

Cette jurisprudence ne remet pas en cause les fondements du droit international, car jamais, l'importance de la mission des Nations Unies n'est niée. Certes, elle encourage à émettre des doutes sur la légitimité des institutions onusiennes et décisions émanant de celles-ci. En donnant la priorité aux libertés et droits fondamentaux, les organes communautaires ne font que protéger des valeurs et principes communs et universels. Il est à regretter qu'ils ne soient pas engagés dans une discussion allant au-delà des traités constitutifs de l'Union, pour traiter des standards également promus par la Charte, qui sont finalement complémentaires de ceux de la Communauté européenne (CE). <sup>1978</sup> Il est toutefois indéniable que les arrêts de 2008 et de 2010 sont susceptibles d'exercer une influence sur les décisions qui seront prises à l'avenir. L'ordre européen est quasiment assimilé à un ordre domestique indépendant, ayant à son sommet sa propre constitution:

---

<sup>1976</sup> § 119

<sup>1977</sup> § 125

<sup>1978</sup> Discussion qui a été abordée par le Juge Zinn dans l'Affaire *Abdelrazik v. Canada* (voir *supra*), qui a tenté de prouver l'universalité de certaines valeurs, en attaquant le régime des sanctions des Nations Unies, aussi bien sous l'angle du droit national, que du droit international. Voir les §§ 51-53. «... *the Canadian court clearly drew the obvious parallel between domestic rights and international rights of the same substantive content (...) the Canadian Court in the present case makes the parallelism between fundamental rights under domestic and international law explicit, where other courts (ECJ in Kadi) have preferred a certain splendid isolation.* », TZANAKOPOULOS, Antonios, «United Nations Sanctions in Domestic Courts: from Interpretation to Defiance in *Abdelrazik v. Canada*», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, N° 1, 2010, p. 263

l'article 103 ne tranche pas les conflits pouvant survenir entre les obligations issues de la Charte et les obligations de droit national et encore moins les incompatibilités entre d'autres obligations internationales conventionnelles et des mesures internes.<sup>1979</sup> Les différends, qui n'entrent pas dans le champ de l'article 103, devront désormais être jugés sur la base des dispositions communautaires pertinentes, dont l'article 307 du *Traité CE*.<sup>1980</sup>

Les arrêts *Kadi* de 2008 et de 2010 mettent en exergue la tendance d'autonomisation, que l'on a déjà pu remarquer au sein d'autres fora, notamment l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC).<sup>1981</sup> Les ordres juridiques sont désormais régis par leurs propres normes, principes et standards et leurs institutions sont prioritairement en charge de faire appliquer leur(s) instrument(s) spécifique(s). Tout comme les systèmes domestiques, ils sont partiellement indifférents au droit international et leurs relations sont déterminées par leurs règles internes et non par une soumission machinale au droit international général. Ce processus d'auto-constitutionnalisation, perceptible à de multiples niveaux- communautaire, régional, continental, sectoriel- va se renforcer en raison de l'augmentation quantitative des pôles de création et de mise en œuvre du droit international. Les divers systèmes juridiques coexisteraient de manière horizontale les uns à côté des autres, chacun étant structuré selon sa hiérarchie juridique et axiologique. De très vives critiques ont émergé face à ce (semi-) dualisme, car il relèguerait le droit international à une place secondaire.<sup>1982</sup> Il semble pourtant normal que tout système juridique

---

<sup>1979</sup> «As such, the domestic measure is isolated from the Council decision and thus the international legal system, and no issue of conflict at the international level arises.», TZANAKOPOULOS, Antonios, «Human Rights and United Nations Security Council Measures», in DE WET, Erika, WIDMAR, Jure, (Eds.), *Norms Conflicts in Public International Law: The Place of Human Rights...*

<sup>1980</sup> Article 307 du *Traité de la CE*: «Les droits et obligations résultant de conventions conclues antérieurement au 1er janvier 1958 ou, pour les États adhérents, antérieurement à la date de leur adhésion, entre un ou plusieurs États membres, d'une part, et un ou plusieurs États tiers, d'autre part, ne sont pas affectés par les dispositions du présent traité.

*Dans la mesure où ces conventions ne sont pas compatibles avec le présent traité, le ou les États membres en cause recourent à tous les moyens appropriés pour éliminer les incompatibilités constatées. En cas de besoin, les États membres se prêtent une assistance mutuelle en vue d'arriver à cette fin et adoptent le cas échéant une attitude commune.*

*Dans l'application des conventions visées au premier alinéa, les États membres tiennent compte du fait que les avantages consentis dans le présent traité par chacun des États membres font partie intégrante de l'établissement de la Communauté et sont, de ce fait, inséparablement liés à la création d'institutions communes, à l'attribution de compétences en leur faveur et à l'octroi des mêmes avantages par tous les autres États membres. »*

<sup>1981</sup> Déjà en 1964, la Cour de justice des Communautés européennes a établi la pierre angulaire de ce qui sera décrit comme l'ordre juridique communautaire autonome: «...à la différences des traités internationaux ordinaires, le *Traité de la CEE* a institué un ordre juridique propre...», *Affaire Costa v. Enel*, Case 6/64, Arrêt du 15 juillet 1964, p. 593. Pour l'OMC, voir l'Organe d'appel, *Beef-Hormones Case, European Communities - Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, 13 February 1998, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, §§ 123-125. L'Organe d'appel devait se prononcer sur le statut du principe de précaution au regard des traités de l'OMC. Il conclut que, peu importe le statut du principe en droit international général, il n'est pas devenu contraignant pour l'OMC.

<sup>1982</sup> Kelsen décrivit la perspective dualiste comme «solipsistic and imperialistic...solipsistic in the sense of capable of seeing nothing other than one's own legal system; imperialistic because everything taking place in the world is judges

tente de maintenir son caractère distinct, son identité et ses sources de légitimité, tout en prenant en compte les exigences de son environnement.<sup>1983</sup> Cette approche rejette toute primauté absolue de l'ordre onusien sur la base de l'article 103, sans pour autant nier la pertinence du droit international.

Les arrêts *Kadi*, malgré certaines faiblesses perceptibles dans les raisonnements, ont eu pour conséquence de mettre un frein à la primauté absolue de la Charte: son caractère indérogeable est sérieusement ébranlé, car il est désormais possible pour un Etat de ne pas respecter une décision du CdS, si elle entre en conflit avec un principe fondamental de l'Union. Ce raisonnement peut être étendu à tout type d'obligations onusiennes et pourra être repris par d'autres juridictions. Les limites imposées par le texte même de l'article 103, ainsi que celles issues du *jus cogens*, associées à l'impact de *Kadi* et des jurisprudences nationales, réduisent le champ d'application de la disposition ici étudiée et contredisent les arguments des auteurs prônant une interprétation extensive. L'article 103 ne peut être utilisé pour transgresser des obligations en matière de droits de l'homme ou de tout autre domaine.<sup>1984</sup>

Après l'analyse de la portée et des effets de la clause et un examen des lectures qui en ont été faites, il est temps de s'interroger sur les réelles fonctions remplies par l'article 103: au niveau fonctionnel, il ne s'agit pas d'une disposition conventionnelle ordinaire, car indépendamment de l'interprétation adoptée, elle tend à conférer à la *Charte des Nations Unies* une position particulière au sein du système juridique international. L'article 103 comporte plusieurs facettes et assume divers rôles, qui semblent être directement liés à l'indérogeabilité qu'il véhicule.

---

*from its own perspective.* », KELSEN, Hans, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tübingen, Mohr, 1920.

<sup>1983</sup> PAULUS, Andreas L., «From Dualism to Pluralism: the Relationship between International Law, European Law and Domestic Law», in BEKKER, Pieter H.E., DOLZER, Rudolf, WAIBEL, Michael, (Eds.), *Making Transnational Law Work in the Global Economy. Essays in Honour of Detlev Vagts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 152

<sup>1984</sup> «In sum, it can be concluded that whereas at the beginning of the europeanization of UN sanctions, fundamental rights were systematically sacrificed for the sake of the "war against terrorism", now it seems that times have changed by putting the protection of fundamental rights first (...). », LAVRANOS, Nikolaos, «UN Sanctions and Judicial Review», in WOUTERS, Jan, NOLLKAEMPER, André, DE WET, Erika, (Eds.), *The Europeanisation of International Law...*, pp. 203-204

### ***C. Approche fonctionnelle de l'article 103***

Cette section conclusive vise à mettre en lumière les fonctions remplies en droit international par l'article 103 de la *Charte des Nations Unies*. Cette disposition est spécifique, voire unique, et dote la Charte d'un statut d'indérogeabilité. Toutefois, ce caractère indérogeable est distinct de celui qui a été rencontré jusqu'alors. Il paraît cependant nécessaire d'appréhender s'il peut être rapproché, d'une manière ou d'une autre, de l'indérogeabilité du *jus cogens*, des droits de l'homme et du droit international humanitaire. Les fonctions que joue cette indérogeabilité onusienne au sein de l'ordre juridique international sont importantes, mais comme dans les autres cas d'analyse, elles sont sujettes à des controverses et à des interprétations, qui ont pour objectif de servir des intérêts particuliers. L'article 103 constitue-t-il une règle hiérarchique remettant en cause « le système d'équivalence normative » (1),<sup>1985</sup> une règle de conflit de normes (2) ou une règle d'exception (3)? L'article 103 peut-il assumer ces fonctions de manière simultanée? Une certitude s'impose, l'article 103 implique, parallèlement à sa dimension juridique et technique, un aspect symbolique et se révèle être le garant d'une certaine stabilité systémique (4).

#### **1. L'article 103 comme une règle hiérarchique?**

L'article 103 appartient à cette variété d'instruments de droit international perçus, à tort ou à raison, comme introduisant une hiérarchie formelle entre les normes juridiques. *Jus cogens*, *obligations erga omnes*, crimes internationaux, infractions graves du droit humanitaire, droits de l'homme indérogeables: ces notions peuvent être regroupées dans un même ensemble, mais les critères qui permettent de les distinguer, ainsi que leurs effets, ne sont pas identiques. Ces catégories ont comme point commun de doter certaines règles d'une normativité renforcée et entraîneraient une remise en cause du paradigme traditionnel d'équivalence entre les sources du droit international.<sup>1986</sup>

Si l'on considère l'article 103 comme une règle établissant une hiérarchie normative verticale, cela induirait que la *Charte des Nations Unies* aurait créé un droit public, composé des normes impératives et indérogeables.<sup>1987</sup> Elle servirait de base à l'ensemble de l'activité juridique et politique des Etats. La Charte serait cet instrument constitutionnel situé au sommet de la pyramide. L'article 103 octroierait à toutes les normes issues de la Charte un caractère supérieur. Toutefois,

---

<sup>1985</sup> TOUBLANC, Alix, « L'Article 103 et la valeur juridique de la *Charte des Nations Unies* »,..., p. 440

<sup>1986</sup> Sur les questions relatives à l'existence d'une normativité relative ou graduée en droit international et d'une hiérarchie entre les normes, voir le **Chapitre II**.

<sup>1987</sup> «*The hierarchic principle represents the transposition to international life of the principle which determines the validity of legislation governed by a rigid constitution.* », JENKS, Wilfred, «The Conflict of Law-Making Treaties»,..., p. 436

cette supériorité absolue ne peut être fondée sur le texte même de la Charte et elle est, en outre, remise en question, tant par la doctrine, que par certaines instances (quasi)-juridictionnelles. Il est certain que le système établi en 1945 doit s'adapter aux réalités contemporaines. La *Charte des Nations Unies* a été une réponse donnée aux défis de structuration de la société internationale suite à la Deuxième Guerre mondiale, mais il est nécessaire d'interpréter de façon dynamique le droit international, afin que celui-ci reste pertinent.<sup>1988</sup> Les rédacteurs de la Charte n'avaient probablement pas envisagé l'éclosion de régimes juridiques spécialisés et/ou régionaux, imposant certaines obligations aux Etats, susceptibles d'entrer en conflit avec leurs engagements onusiens. Même s'il a pu être démontré que cette possibilité d'incompatibilité apparaît surtout en relation avec des décisions du Conseil de sécurité et que le conflit est la plupart du temps « superficiel », elle peut néanmoins survenir. La décision de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'*affaire Kadi/Al-Barakaat*, et sa confirmation dans l'arrêt de 2010, pourrait laisser envisager que le système onusien a débuté un processus d'érosion, car les Etats auraient la possibilité de d'échapper à leurs obligations onusiennes. En réalité, s'agit davantage d'une tentative de concilier divers ordres normatifs, qu'un procédé visant à soumettre certains systèmes à la primauté des autres. L'article 103 n'a jamais été pensé comme un outil servant à faire obstacle à l'exercice de la compétence des organes chargés du contrôle de ces nouveaux régimes.

L'Organisation des Nations Unies et ses institutions ne peuvent ignorer la complexification de l'ordre juridique international et la multiplication des obligations incombant aux acteurs agissant au sein de ce dernier. L'article 103 ne peut être utilisé comme un fondement permettant de consacrer la supériorité normative absolue de la Charte sur les nouvelles obligations à la charge des Etats.

*« Unique en ce qu'il établit d'emblée à l'égard des membres des Nations Unies la primauté des obligations issues de la Charte sur les obligations conventionnelles tant antérieures que postérieures contrairement, l'article 103 ne remplit pas les promesses de structuration de la communauté internationale qu'on pourrait a priori lui prêter. »*<sup>1989</sup>

Une interprétation souple de la clause doit être préférée à une approche qui fait de l'article un véhicule de structuration rigide des relations internationales et un « *principe hiérarchique qui permet de ne pas tenir compte de toute autre disposition de droit international qui serait*

---

<sup>1988</sup> Nous citons une nouvelle fois ce passage: « *The development of international law since 1945, the year the Charter was signed, has not stopped and shows an increasing attention for and recognition of fundamental rights, that cannot be ignored by the Court of Appeal. (...) It is implausible that article 103 of the Charter intends to impair the enforcement of such fundamental rights.* », *Case of the Association of Citizens Mothers of Srebrenica v, The State of Netherlands and the United Nations*, Appeal Court in the Hague, Case Number 200.022.151/01, Judgment 30 mars 2010, § 5.5

<sup>1989</sup> THOUVENIN, Jean-Marc, «Article 103»,..., p. 2146

*incompatible avec la Charte* ». <sup>1990</sup> L'article 103 n'établit pas une hiérarchie entre les normes de droit international, mais il en découle un principe de priorité, qui n'assure pas la suprématie totale à la Charte sur toute obligation internationale contraire: les dispositions de la Charte ne prévalent ni sur les normes de *jus cogens*, ni sur les obligations relevant du droit international général et du droit national. L'article 103 ne fait ni de la Charte un instrument constitutionnel, ni ne confère aux organes onusiens un pouvoir illimité de décider de mesures, qui pourraient entraver la mise en œuvre d'autres obligations internationales par les Etats. Cette tendance expansionniste, présentée *supra*, est avant tout motivée par un désir de garantir l'unité et la cohérence de l'ordre juridique international: la Charte mettrait en place une hiérarchie normative, permettant de faire face aux dangers et aux inquiétudes, notamment issus de la fragmentation de l'ordre international et ainsi, résoudre les conflits entre les normes, les systèmes et les régimes juridiques. Cependant, l'indérogeabilité de la Charte ne déploie pas ses effets de manière infinie et arbitraire et il est hors de propos de penser que les Etats devraient se délester de toutes leurs responsabilités, lorsqu'ils assument leurs obligations onusiennes. C'est uniquement en cas de réel conflit que les Etats doivent donner préséance à leurs obligations découlant de la Charte, mais comme d'ores et déjà souligné, cette priorité ne mène pas automatiquement à la nullité des engagements incompatibles. Notre conclusion ne signifie pas que la Charte soit un traité international ordinaire, sans aucune pertinence: la Charte demeure un instrument international important, unique et distinct d'autres traités internationaux. <sup>1991</sup> Elle a produit des effets sur le développement des relations internationales, car c'est elle qui a proclamé les buts et les objectifs principaux de la société qu'elle a pour mission de réguler, afin que cette dernière puisse vivre en paix. Néanmoins, la mise en œuvre de ces objectifs ne doivent pas permettre les abus, ni servir d'excuse aux Etats pour violer impunément leurs obligations assumées en vertu d'autres traités, la plupart du temps, régulant d'autres domaines du droit international ou développant certaines branches en continuation de la Charte.

L'article 103 a été conçu comme un outil répondant à des préoccupations « politiques » et constitue un moyen efficace d'implémenter les dispositions de la Charte, ainsi que d'assurer la prédominance relative de celle-ci sur les accords ordinaires incompatibles, en l'absence d'un

---

<sup>1990</sup> Affirmé par le Tribunal de première instance dans l'*affaire Kadi*, § 207.

<sup>1991</sup> Contrairement à ce qui a pu être avancé, l'arrêt rendu par la CJCE dans *Kadi-Al Barakaat*, n'a pas eu pour effet de faire de la Charte un traité international ordinaire, ni d'ignorer son statut spécifique. La Cour a refusé de remettre en cause le caractère particulier des décisions du CdS et la priorité qu'il convient de leur accorder.

«*Mais la Charte n'est pas un traité ordinaire. L'importance de son objectif et de ses dispositions, la durée même de ses travaux préparatoires, l'ampleur des débats et le décorum qui a entouré sa naissance suffisent à la distinguer des simples accords multilatéraux.* », CADOUX, Charles, «La supériorité du droit des Nations Unies sur le droit des Etats membres...», p. 654

mécanisme coercitif centralisé. L'examen de la disposition a démontré un champ d'application et des effets circonscrits. Elle génère une règle de priorité imposant un choix en faveur de la Charte et non une règle hiérarchique. Sa spécificité réside dans le fait qu'elle est, la suite de cette section tentera de le souligner, une règle *sui generis*, propre à la Charte, qui écarte les règles ordinaires de conflit, telles que codifiées dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités*. Ceci témoigne, non pas de la volonté des rédacteurs de faire de la Charte un instrument supérieur, mais de lui accorder un statut particulier au sein de l'ordre juridique international. Certes, certaines dispositions de la Charte sont fondamentales et relèvent du droit international général, voire même du *jus cogens*, mais comme l'a justement souligné la Commission du droit international lors de la rédaction de l'article 53 de la *CVDT*, « *les principes de la Charte ne sont pas tous impératifs et, inversement, toutes les règles impératives de droit international ne sont pas inscrites dans la Charte* ». <sup>1992</sup> L'article 103 ne remet pas en cause le principe d'équivalence normative entre les sources du droit international et par conséquent, n'instaure pas une hiérarchie verticale entre les normes, mais plutôt un type de hiérarchie « relative et occasionnelle » : la disposition est un instrument exceptionnel prévu pour anticiper les conflits potentiels. <sup>1993</sup> Les Etats parties à la Charte ont accepté par avance qu'ils donneront préséance aux normes issues de la Charte. Cette priorité demeure une garantie élémentaire pour la cohésion du système.

---

<sup>1992</sup> *Commentaire de la Commission du droit international sur l'article 50 du Projet d'articles examinés par la Commission en 1966 et correspondant à l'actuel article 53*, UN Doc. A/6309, p. 270. Et, le *Troisième Rapport soumis par le rapporteur Waldock*, *ILC Yearbook 1963*, vol. II, p. 52, article 13§2. A titre d'exemple, on peut citer l'article 52§1 de la Charte: celui-ci ne peut être en effet considéré comme du droit impératif.

Voir aussi Michel Virally: « (...) *il n'est pas douteux que certains principes contenus dans la Charte ont, par excellence, le caractère de jus cogens (...)* En revanche, *d'autres dispositions (...) sont formulées de façon trop vague pour qu'il soit possible de leur reconnaître un tel caractère impératif.* », VIRALLY, Michel, « L'ONU devant le droit », in *Le droit international en devenir, essais écrits au fil des ans*, Paris, Presses Universitaires de France, 1990, p. 261

<sup>1993</sup> « ...Therefore as a rule, there cannot be any hierarchic superiority between treaties. Any exception to this rule touches on a cornerstone of international law, as it tampers with the rule *pacta sunt servanda*. The superiority of a given treaty should be clearly manifested. Rules to this effect, especially article 103 of the UN Charter, should be strictly interpreted. », SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz, « Hierarchy of Treaties », in KLABBERS, Jan, LEFEBER, René, (Eds.), *Essays on the Law of Treaties: Essays in Honour of Bert Vierdag*, La Haye/Boston, Martinus Nijhoff, 1988, p. 18

## 2. L'article 103 comme une règle de conflit de normes, une règle de priorité

Parallèlement à la question de la position hiérarchique de la Charte, l'article 103 remplit une fonction instrumentale: il est un outil, une technique juridique, permettant de résoudre une situation de conflit d'obligations et d'imposer à un Etat, pris entre deux engagements contradictoires, de faire un choix. L'article 103 exige des Etats parties à la Charte de faire prévaloir celle-ci sur tout autre accord conventionnel, conclu avant ou après la Charte, avec un membre ou un non-membre. Les rédacteurs étaient en effet animés de préoccupations très pragmatiques: faire en sorte que les Etats appliquent les dispositions de la Charte, sans être entravés par la crainte de se voir reprochés un comportement illicite en cas de non-observation d'autres obligations conventionnelles. Le droit international requiert des méthodes de résolution des conflits normatifs, en l'absence d'un système centralisé à cet effet:

*« En se contentant d'affirmer que les obligations de la Charte prévaudront, il [l'article 103] instaure non un rapport hiérarchique, mais une nouvelle règle de conflit, c'est-à-dire une règle qui ordonne les relations entre normes de valeur équivalente. »*<sup>1994</sup>

L'article 103 fait partie des règles de conflits de normes « conventionnelles », mais constitue une *lex specialis* au droit commun en la matière. La *Convention de Vienne sur le droit des traités* mentionne l'article 103 et la *Charte des Nations Unies* à son article 30§1,<sup>1995</sup> dans la partie relative aux conflits entre des traités successifs portant sur la même matière.<sup>1996</sup> Ceci confirme que la

---

<sup>1994</sup> TOUBLANC, Alix, « L'Article 103 et la valeur juridique de la *Charte des Nations Unies* »,..., p. 454. L'auteur poursuit: « La primauté instaurée par l'article 103 n'est pas hiérarchique, elle impose simplement un choix prioritaire en cas de conflit. »

<sup>1995</sup> « Sous réserve des dispositions de l'article 103 de la *Charte des Nations Unies*, les droits et obligations des Etats parties à des traités successifs portant sur la même matière sont déterminés conformément aux paragraphes suivants :... » Une disposition similaire se retrouve à l'article 30§6 de la *Convention de Vienne de 1986 entre Etats et organisations internationales et organisations internationales entre elles*: « Les paragraphes précédents sont sans préjudice du fait qu'en cas de conflit entre les obligations découlant de la *Charte des Nations Unies* et les obligations découlant d'un traité, les premières prévaudront. »

Voir également le commentaire de l'article 30§1: « Mais la place que la *Charte des Nations Unies* occupe dans le droit international contemporain est d'une telle importance, et les Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies constituent une part si considérable de la communauté internationale qu'il paraît indispensable à la Commission de faire expressément mention de l'Article 103 de la Charte et de lui réserver une place spéciale dans le présent article. C'est pourquoi la Commission, sans préjuger en aucune façon de l'interprétation de l'Article 103 ni de son application par les organes compétents des Nations Unies, a décidé de reconnaître la primauté de l'Article 103 de la Charte par rapport à toutes obligations conventionnelles des Etats Membres. Le paragraphe 1 dispose en conséquence que les règles énoncées dans le présent article en vue de régler les obligations des parties à des traités successifs s'appliquent sous réserve des dispositions de l'Article 103 de la Charte. », *Projet d'Articles sur le Droit des Traités et Commentaires*, Annuaire de la Commission du droit international, 1966, vol. II, pp. 233-234

« Le contexte de cette disposition est instructif (...) l'article 30 qui traite de l'application de traités successifs portant sur la même matière ne part pas du principe que le traité laissé de côté serait non-valide, mais il implique tout simplement, que le traité de rang supérieur doit être appliqué, dans la mesure où cela s'avère nécessaire. Ce faisant, il montre que la supériorité hiérarchique des obligations en vertu de la Charte n'entraîne pas les mêmes effets que les règles de *jus cogens*, lesquelles invalident les normes incompatibles avec elles ou y mettent fin. », *Fragmentation du Droit International. Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, Rapport du Groupe d'Etude de la Commission du droit international, établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi...* § 340, p. 188.

<sup>1996</sup> Notons que l'expression « même matière » ne doit pas être comprise trop étroitement. Il faut se référer aux promus par le traité et les objectifs défendus par un régime: un traité en matière de droits de l'homme peut également

Charte occupe une place à part, d'exception, car ses règles ne peuvent être écartées dans des rapports *inter se*, excepté par l'intermédiaire de la procédure d'amendement expressément prévue; mais ce constat n'implique pas que la disposition crée une supériorité hiérarchique.<sup>1997</sup> Les effets de l'article 103 sont ceux d'une règle de conflit, ce qui ressort clairement de son énoncé, mais aussi de par sa place au sein de la *CVDT*. Il fut intéressant de découvrir que le groupe d'étude chargé par la Commission du droit international d'examiner les « normes de *jus cogens*, les obligations *erga omnes* et l'article 103 de la Charte », dans le contexte du rapport sur la fragmentation du système juridique international, a entrepris cette étude en considérant ces catégories comme des règles de conflit, tout en gardant à l'esprit leur dimension hiérarchique à certains égards.<sup>1998</sup>

La délégation britannique fit cette remarque devant la Commission du droit international lors de la rédaction de la *CVDT*, remarque qui résume parfaitement, la conception de l'article 103 ici acceptée:

*«Article 103 of the Charter, as its terms specify, is a provision which essentially lays down a rule not for States generally but for "Members of the United Nations". In formulating article 63 of the draft articles regarding the application of incompatible treaty provisions, the Commission viewed Article 103, like similar provisions found in certain other treaties, as directed to establishing the priority of the obligations of Members under the Charter rather than the invalidity of treaty clauses incompatible with those obligations. The Commission decided, in stating the rules regarding the application of incompatible treaties, to recognize the overriding character of Article 103 of the Charter'—in other words, it recognized the primacy of the rule in Article 103 in the context of the relative priority of incompatible treaty obligations. »*<sup>1999</sup>

L'article 103 est une technique conventionnelle, un outil juridique de rationalisation et d'agencement du système juridique international, car il remplit une fonction précise: prévenir et résoudre les conflits normatifs potentiels pouvant survenir entre des obligations à la charge des Etats membres des Nations Unies. Il s'agit d'une règle volontaire de préséance occasionnelle assurant une priorité d'application et d'exécution des obligations découlant de la Charte en cas de conflit avec d'autres engagements issus d'accords internationaux. La Charte se voit donc

---

encourager la protection de l'environnement. Il faut examiner si l'exécution d'une obligation en vertu d'un traité influe sur l'exécution d'obligations issues d'un autre accord, afin de savoir s'ils portent sur la même matière.

<sup>1997</sup> Le Rapporteur Fitzmaurice lors de la codification du droit des traités a montré que « *l'incompatibilité entre deux traités successifs portant sur la même matière entraîne un conflit d'obligations, plutôt que par voie de conséquence nécessaire, la non-validité du traité...ce que le conflit provoque ce n'est pas tant un conflit entre deux traités mais entre deux séries d'obligations.* » Cette formule se rapproche de l'article 103, ce qui le place dans la catégorie des « règles de conflit », qui fait, certes, exception aux règles classiques en la matière. *Annuaire de la Commission du droit international*, 1958, vol. II, p. 27.

<sup>1998</sup> *Report of the International Law Commission, Fifty-seventh Session, May-August 2005*, UN Doc. A/60/10, §§ 480-493, citant *The Preliminary Report on "Hierarchy in international law: jus cogens, obligations erga omnes, Article 103 of the Charter of the United Nations, as conflict rules"*, de Mr. Z. Galicki (présentation orale)

<sup>1999</sup> United Kingdom Delegation, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II, *Documents de la seconde partie des 17<sup>ème</sup> et 18<sup>ème</sup> sessions, incluant les rapports de la Commission à l'Assemblée générale*, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1966/Add. 1, p. 24

recouverte d'un statut d'indérogeabilité, mais une indérogeabilité restreinte qui ne déploie ses effets, eux aussi limités, uniquement dans certains cas d'incompatibilité.<sup>2000</sup> La partie traitant de la fonction axiologique de l'article 103 expliquera que la majorité des conflits se produisant sur la scène internationale ne se situent pas entre des obligations juridiques, mais il s'agit le plus souvent de désaccords relatifs à certaines valeurs, d'où une utilité en définitive réduite de la disposition en tant que règle de résolution de conflit.

### **3. L'article 103, une règle unique?**

La conclusion atteinte ci-dessus doit néanmoins être nuancée au regard du fait que l'article 103 est une règle unique et spécifique au système de la *Charte des Nations Unies*, ce qui confère à cette dernière un caractère spécial. Il est vrai que d'autres instruments régulent par avance leurs relations avec d'autres accords internationaux, mais d'aucun ne le fait d'une manière aussi définitive que l'article 103. Les sections suivantes vont être consacrées à la dimension exceptionnelle de la disposition.

#### **a. Un infléchissement à quelques principes du droit international des traités**

L'article 103 a le pouvoir de conférer à la Charte un statut d'exception à certains principes établis de droit international: le principe de l'effet relatif des traités (i), le principe *pacta sunt servanda* (ii), ainsi qu'aux principes traditionnels de résolution de conflits de normes (iii). Dérogation expressément prévue au sein d'une convention internationale et consentie par les Etats, la disposition, bien que possédant un champ d'application unique, doit toutefois être comprise comme une méthode, parmi d'autres, ayant pour but d'éviter les incompatibilités, les règles insuffisantes en la matière et l'absence d'organes centralisés, faisant de cette question une problématique délicate.

---

<sup>2000</sup> «...ainsi s'agit-il en fait d'une efficace combinaison entre le champ d'application d'une règle hiérarchique et les effets d'une règle de conflit. Cette heureuse alliance permet d'assurer dans tous les cas le respect de la Charte, sans remettre en cause le principe d'équivalence normative. », TOUBLANC, Alix, « L'Article 103 et la valeur juridique de la Charte des Nations Unies »,..., p. 460

*i. Res inter alios acta*

L'article 103 s'adresse aux Etats parties à la Charte, mais ne distingue pas entre les obligations qu'ils ont contractées entre eux et celles qu'ils ont contractées avec des Etats non-parties. Indirectement, cela a un impact sur le principe de l'effet relatif des traités, étant donné que les membres doivent donner la priorité à leurs obligations onusiennes et ceci, même au détriment d'accords conclus avec des tiers.<sup>2001</sup> Dans une situation de normalité, et par une application mécanique du droit international des traités et du droit de la responsabilité internationale, un sujet de droit qui viole une obligation conventionnelle envers un autre sujet engage sa responsabilité internationale, en raison de la commission d'un fait internationalement illicite. L'Etat lésé peut demander réparation, prendre des contre-mesures et mettre fin au traité qui a été affecté ou suspendre celui-ci.

La Charte, en tant qu'instrument international exceptionnel, doit toutefois offrir une sécurité juridique aux Etats qui respectent ses commandements, sous peine de ne pas être observée. En effet, tout sujet qui redoute de voir sa responsabilité engagée ou d'être la cible de contre-mesures ou de mesures de rétorsion sera réticent à s'engager. Nous avons exclu la possibilité que la Charte puisse obliger les non-membres, Etats et autres sujets non parties, au même titre que les membres de l'Organisation, et ceci même en se basant sur le texte de la Charte,<sup>2002</sup> ou sur l'approche qui déduirait que cette dernière crée une situation objective opposable *erga omnes*.<sup>2003</sup> La Suisse, alors qu'elle n'était pas encore membre de l'Organisation, a plusieurs fois affirmé, lors de sanctions décidées par le Conseil de sécurité, qu'elle appliquait ces sanctions *ex gratia* ou les imposait de manière indépendante et non, parce qu'elle se sentait juridiquement liée par les décisions du Conseil.<sup>2004</sup>

Cependant, les rédacteurs ont implicitement introduit un petit infléchissement au principe, en vertu duquel un traité ne peut lier que les parties contractantes: bien que reconnaissant l'impossibilité d'insérer dans une convention des dispositions qui obligent les tiers, il a été affirmé que les membres des Nations Unies ne « devaient pas être entravés dans l'exécution de leurs obligations en vertu de la Charte, dans des cas particuliers d'obligations qu'ils auraient assumées envers des non-membres ». Les Etats tiers ne sont pas liés, mais doivent accepter cette situation comme un

---

<sup>2001</sup> Article 34 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969* : « Un traité ne crée ni obligations, ni droits pour un Etat tiers sans son consentement. »

<sup>2002</sup> Articles 2§6 et articles 52 à 54.

<sup>2003</sup> Voir *supra* **partie IV. A. 2. b. ii**

<sup>2004</sup> DANILENKO, Gennady M., « International Jus Cogens: Issues of Law-Making », *European Journal of International Law*, vol. 43, n°2, 1991

état de fait, la Charte devant être privilégiée par les Etats parties en cas de conflit.<sup>2005</sup> Certes, au vu du nombre d'Etats ayant ratifié la Charte, cette question ne semble que peu pertinente, mais étant donné l'importance croissante des acteurs non-étatiques sur la scène internationale et le fait que ceux-ci concluent de plus en plus des accords avec les Etats, il se pourrait que cela devienne à l'avenir un point de droit primordial.

*ii. Pacta sunt servanda*

Si un Etat a la possibilité de ne pas remplir certains de ses engagements conventionnels, afin d'exécuter ses obligations en vertu de la Charte, cela constitue vraisemblablement une atteinte au principe bien connu de droit international selon lequel les sujets de droit international se doivent de respecter et exécuter de bonne foi les accords et traités internationaux qu'ils ont conclus.<sup>2006</sup> Certaines conventions internationales prévoient explicitement leur subordination à la Charte et/ou insèrent l'obligation de ne pas être appliquées de manière incompatible avec celle-ci.<sup>2007</sup> Même sans cette mention expresse, il se peut qu'un Etat n'observe pas le principe et se fonde uniquement sur l'article 103. En réalité, il ne s'agit que d'une suspension temporellement limitée de la règle *pacta sunt servanda*, l'article 103 ne déployant ses effets que de manière provisoire, lors de la survenance d'un conflit entre des obligations. Une incompatibilité flagrante entre une obligation primaire de la Charte et un autre engagement conventionnel se révèle être assez rare, les Etats ayant évité de se retrouver dans ce type de situations.

Il serait possible de contourner la soi-disant violation du principe en affirmant que toutes les normes incompatibles avec la Charte sont nulles et dépourvues de tout effet juridique, mais cette conséquence ne vaut que si la règle de la Charte appartient au *jus cogens* ou si l'on reconnaît un caractère constitutionnel à cette dernière, ce qui a été rejeté.<sup>2008</sup> L'article 103 constitue bien une exception restreinte au principe *pacta sunt servanda*, ce qui vient renforcer l'unicité de la Charte. Lors de la rédaction de la CVDT, Waldock réitéra la nécessité « *d'éviter de formuler une règle qui puisse s'interpréter comme signifiant que les Etats doivent respecter certaines sortes d'obligations conventionnelles mais ne sont pas tenus d'en respecter d'autres.* »<sup>2009</sup> En posant la priorité de la Charte sur tout autre engagement conventionnel, c'est pourtant l'effet qui résulte de la clause.

---

<sup>2005</sup> Voir UNCIO, vol. XIII, p. 713 Rapport du Comité IV/2, UN Doc. 933/IV/2/42(2), p. 6

<sup>2006</sup> Principe relevant du droit international général, voire même du droit impératif pour certains auteurs (il manque à notre avis l'aspect d'inaliénabilité du principe), il est codifié à l'article 26 de la CVDT: « *Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi.* »

<sup>2007</sup> Voir **partie IV. A. 4**

<sup>2008</sup> Et, même si l'on accepte que la Charte soit la constitution de la communauté internationale, les sujets vivant hors de cette constitution ne sont pas liés par elle.

<sup>2009</sup> Rapporteur spécial Waldock, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. I, Partie II, 858ème session, p. 115, §13

Cette conséquence ne se présente que lors de la survenance d'un conflit, et pour cette raison, il ne s'agit que d'un timide infléchissement du principe *pacta sunt servanda*, n'impliquant pas la création d'une réelle hiérarchie entre les traités.<sup>2010</sup>

Il semble important de replacer l'article 103 dans le contexte de la question du conflit de normes, qui pose le dilemme suivant: le devoir de tout sujet de droit de respecter le principe *pacta sunt servanda* et l'exigence de ne pas porter atteinte aux droits acquis par un autre sujet en vertu d'un traité, tout en préservant sa liberté de conclure des nouveaux traités. L'article 103 représente un outil qui vise à solutionner des cas où des principes établis du droit international entrent en collision.<sup>2011</sup>

### *iii. L'article 103 et le droit des traités, des effets à nuancer*

Dérogação aux principes du droit commun des traités en matière de conflits de normes, notamment aux principes de *lex posterior* et *lex specialis*,<sup>2012</sup> expressément mentionnée à l'article 30§1 de la CVDT,<sup>2013</sup> l'article 103 assure à la Charte la primauté relative dans les cas de conflit avec une autre obligation conventionnelle. Les règles de conflit énoncées dans la CVDT constituent des règles supplétives et ne s'appliquent qu'en l'absence de dispositions spécifiques, fréquemment insérées dans le texte des traités, les Etats étant libres de déterminer les rapports entre les traités auxquels ils sont partie.<sup>2014</sup> Dans cette perspective, l'article 103 ne constitue pas une exception. La référence à la préséance de la Charte sur les autres obligations conventionnelles

---

<sup>2010</sup> La Charte n'est pas normativement supérieure, mais fait partie de ces traités multilatéraux, « *qui de par leur généralité, ont le caractère d'actes législatifs s'imposant à tous les membres de la communauté internationale, qui ont été conclus dans l'intérêt international.* », Rapport de Sir Hersch Lauterpacht du 24 mars 1953, UN Doc. A/CN.4/63, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1953, vol. II, p. 157, § 5.

<sup>2011</sup> L'article 103 ne fait pas exception à cette remarque de Waldock : « (...) *dans l'état actuel du droit, les parties à un traité antérieur ne deviennent pas juridiquement incompétentes pour conclure un autre traité incompatible avec le premier et que le traité subséquent est valide et produit ses effets dans les relations entre les Etats qui y sont parties.* », Sixième Rapport de Sir Humphrey Waldock, mars-juin 1966, UN Doc. A/CN.E/186, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II, p. 82, § 5

<sup>2012</sup> La règle *lex specialis* doit être comprise comme spéciale, tant au niveau de son champ d'application matériel, qu'au niveau du nombre des Etats parties à l'accord concerné.

<sup>2013</sup> L'exception introduite dans la CVDT vise surtout le principe de *lex posterior*: la Charte l'emporte sur les traités incompatibles conclus après son entrée en vigueur. Mais n'oublions pas qu'il s'agit aussi d'une exception à l'autre principe employé pour régler les conflits de normes, le principe de *lex specialis*, la Charte l'emportant sur tout autre traité spécial conclu entre tous les Etats membres ou une partie des Etats membres. La Charte déroge à la *lex specialis*, quand le principe, agissant comme un accord *inter se*, crée une fragmentation négative, qui affaiblit le traité général (article 41 de la CVDT). L'article 103 est assimilable au principe *lex superior* dans ce cas. L'article 103 implique une exception au principe que la norme postérieure ou spéciale correspond dans une plus large mesure aux rapports sociaux auxquels la règle doit être appliquée.

<sup>2014</sup> « *La pratique moderne révèle une nette tendance des Etats à insérer dans le texte des traités des clauses de conflit établissant les critères de priorité d'application des dispositions de l'un de ces instruments quand elles entrent en conflit avec les dispositions d'un autre traité, afin de résoudre à l'avance les problèmes qui pourraient résulter de leur incompatibilité.* » Cette option est prévue par le §2 de l'article 30 de la CVDT, qui se réfère aux clauses de subordination ou de comptabilité. PAOLILLO, Felipe, «Article 30», in CORTEN, Olivier, KLEIN, Pierre, (sous la dir.), ..., p. 1268.

représente une constante dans les différentes approches des trois rapporteurs spéciaux chargés de la codification du droit des traités. Selon eux, la disposition n'était qu'un cas spécial de clause de subordination et:

« *Since there is no universal organisation comparable to the UN in terms of its universality, purposes and powers, it would not be possible to adopt a clause as extensive in effect as Article 103. Its importance is recognized by Article 30(1) of the Convention, which provide the residuary rules in Article 30 are subject to Article 103.* »<sup>2015</sup>

Toutefois, il est possible de considérer que la Charte déroge au principe selon lequel chaque norme de droit international peut être écartée dans les rapports *inter se* sur la base de la coordination des volontés des Etats. Cependant, l'article 103 ne doit pas être compris comme une disposition réglant tous les problèmes pouvant émerger des incompatibilités nées entre des obligations contraires. Il ne dit rien de ses effets sur le traité ou la disposition en conflit avec la Charte et d'ailleurs, ceci ne constitue ni son objet, ni sa vocation. La seule certitude, c'est que l'accord incompatible se voit au moins temporairement paralysé, si son exécution empêche un Etat membre de mettre en œuvre une ou plusieurs de ses obligations onusiennes.<sup>2016</sup>

L'article 103 engendre une règle unique de conflit de normes, puisqu'il ne vise que la priorité d'application ou d'exécution d'une norme par rapport à une autre. Il ne remet pas en cause le principe d'équivalence normative, mais indirectement, la disposition crée des attentes: les Etats se voient contraints de ne pas agir en contravention de leurs obligations onusiennes, ni conclure des traités pouvant violer la Charte ou entrer en conflit avec elle. Dans cette optique, l'article 103 constitue aussi une dérogation « partielle » et consentie à la règle permettant aux Etats de modifier des traités multilatéraux *inter se*, telle que codifiée à l'article 41 de la *CVDT*. Bien que rien n'empêche explicitement certaines parties de conclure un accord modifiant la Charte, ils ne prendront pas ce risque, car ils savent qu'ils ne pourront se prévaloir de ce dernier en cas de conflit. La Charte devient un *jus non-dispositivum*, sans pour autant devenir du droit impératif dans sa globalité.

Cette conclusion tend à reconnaître que 103 représente une limite, certes volontaire, à la liberté contractuelle des Etats, tout comme les normes de *jus cogens*- il faut nuancer le caractère « librement » consenti des normes impératives- les droits de l'homme indérogeables inclus dans les traités en matière de protection des libertés fondamentales et les règles indérogeables du droit international humanitaire. Au delà des différences, l'indérogeabilité comporte par conséquent dans

---

<sup>2015</sup> AUST, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice...*, p. 220

<sup>2016</sup> Voir *supra* **partie A. 2. b. ii. et partie A. 2. d.**

ses différentes manifestations, certains points communs et ceci, malgré le visage multiple qu'elle peut revêtir.

### **b. Une nouvelle circonstance excluant l'illicéité**

L'article 103 peut être invoqué en tant que dispense pour les Etats de respecter certains de leurs engagements conventionnels internationaux, lorsqu'ils exécutent leurs obligations onusiennes, notamment conformément à une décision contraignante du Conseil de sécurité. Généralement, des Etats qui concluent un traité qui contredit un traité antérieur multilatéral, qui ne se voit pas abrogé par le plus récent et qui affecte les droits des tiers, peuvent voir leur responsabilité engagée pour cette action: le non-respect d'obligations conventionnelles est un fait internationalement illicite. Toutefois, les deux traités ne sont pas pour autant invalidés et gardent leur force contraignante.<sup>2017</sup>

L'article 103 agit alors comme une circonstance excluant l'illicéité et, il a même été prévu pour assumer cette fonction: un Etat exécutant ses obligations onusiennes ne doit pas être tenu pour responsable de la commission d'un fait internationalement illicite, si, ce faisant, il enfreint un engagement issu d'un autre accord international. *Les articles relatifs à la responsabilité internationale des Etats* énoncent de manière implicite cette conséquence, à leur article 59: « *Les présents articles sont sans préjudice de la Charte des Nations Unies* ». Cette référence n'apporte cependant que peu de précisions quant à l'étendue exacte des conséquences d'une possible violation par un Etat d'une de ses obligations internationales. D'ailleurs, le commentaire de l'article n'en n'offre pas davantage.<sup>2018</sup>

Ce caractère vague et élusif résulte des deux facteurs: premièrement du fait que les effets sur le traité incompatible issus de l'article 103 ne sont pas tranchés par la disposition, la situation devenant encore plus complexe, si l'accord est conclu entre un membre de l'ONU et un non-membre; et deuxièmement, parce que l'article 103 est assimilable à une circonstance excluant l'illicéité, quoique unique et distincte de celles mentionnées dans le *Chapitre V des articles sur la responsabilité internationale des Etats*. Il reste que l'Etat ne sera pas tenu responsable d'un fait illicite, s'il agit conformément à la Charte ou à la décision, valide, d'un organe de l'organisation, son comportement étant au moins recouvert d'une présomption de légalité, ce qui ne retire pas à l'Etat lésé son droit à demander réparation.<sup>2019</sup> L'indérogeabilité qui entoure la Charte remplit

---

<sup>2017</sup> Voir article 30§5 de la *CVDT*: « *Le paragraphe 4 s'applique sans préjudice...ou de toute question de responsabilité qui peut naître pour une Etat de la conclusion ou de l'application d'un traité dont les dispositions sont incompatibles avec les obligations qui lui incombent à l'égard d'un autre Etat en vertu d'un autre traité.* »

<sup>2018</sup> Voir *supra* **note de bas de page 1797**.

<sup>2019</sup> Voir **note de bas de page 1657**, et notamment la citation de Nigel White et Ademola Abass.

également la fonction de justification à un comportement *a priori* illicite. Ce qui ne revient pas à conclure que l'Etat qui met en application ses obligations découlant de la Charte puisse impunément violer d'autres normes de droit international: le non-respect du droit international dans cette situation doit constituer une mesure nécessaire- une condition *sine qua non*- et proportionnelle au but visé. Dans ce sens, l'article 103, en tant que circonstance excluant l'illicéité, se rapproche des motifs traditionnels, car il est soumis aux mêmes conditions fondamentales d'application, mais ne peut être comparé à ceux-ci à un niveau matériel, tant il est spécifique de par sa formulation et ses effets.<sup>2020</sup>

Plus qu'une circonstance excluant l'illicéité, l'article 103 représente une *lex specialis*, au droit de la responsabilité internationale des Etats: dans certains cas spécifiques de conflit entre une obligation onusienne et un autre engagement, l'Etat ne verra pas sa responsabilité engagée, même s'il commet un fait illicite. *Les articles sur la responsabilité internationale de l'Etat* soulignent que leurs dispositions ont un caractère supplétif et que les Etats demeurent libres de définir eux-mêmes l'existence et les conséquences juridiques des violations des obligations qu'ils ont contractées *inter se*.<sup>2021</sup> Alors, même si l'article 103 n'énonce pas explicitement les effets qu'il produit sur les engagements incompatibles, l'Etat violant une obligation au nom de la Charte, ne devrait pas en être tenu pour responsable et, de ce constat, il peut être déduit: *lex specialis derogat legi generali*.

---

Cette question fut traitée par la Commission du droit international dans le cadre des discussions sur les contre-mesures et les sanctions: « *Sanctions applied in conformity with the provisions of the Charter would certainly not be wrongful in the legal system of the UN, even though they might conflict with other treaty obligations incumbent upon the state applying them...* », *Annuaire de la Commission du droit international*, 1979, vol. II, Partie I, pp. 43-44 et vol. II, Partie II, p. 119.

<sup>2020</sup> Nécessité, proportionnalité et caractère temporaire. Ce statut de circonstance excluant l'illicéité est à rapprocher de celui des dérogations en matière de droits de l'homme, qui ont été assimilées sous certains aspects à un état de nécessité.

<sup>2021</sup> Article 55 des *Articles sur la responsabilité internationale des Etats*: « *Lex specialis. Les présents articles ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où les conditions d'existence d'un fait internationalement illicite ou le contenu ou la mise en œuvre de la responsabilité internationale d'un État sont régies par des règles spéciales de droit international.* »

Et le commentaire: « 1) *Lorsqu'ils définissent les obligations primaires qui s'appliquent entre eux, les États prévoient souvent des dispositions spéciales relatives aux conséquences juridiques des violations de ces obligations, et même à la détermination de l'existence d'une telle violation. La question qui se pose alors est de savoir si ces dispositions sont exclusives, c'est-à-dire si de telles dispositions excluent les conséquences qui résulteraient autrement du droit international général, ou les règles qui, autrement, auraient pu être appliquées pour déterminer l'existence d'une violation. Un traité peut expressément renvoyer à d'autres règles. Il est fréquent toutefois que ce ne soit pas le cas et la question se pose alors de savoir si la disposition spéciale doit coexister avec la règle générale qui, en l'absence de cette disposition, s'appliquerait, ou si elle doit l'exclure.*

2) *L'article 55 prévoit que les articles ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où les conditions d'existence d'un fait internationalement illicite ou ses conséquences juridiques sont déterminées par des règles spéciales de droit international. Il atteste la maxime lex specialis derogat legi generali. Bien qu'il puisse fournir une importante indication, il ne constitue que l'une des plusieurs approches possibles pour déterminer si, parmi plusieurs règles potentiellement applicables, une doit primer, ou si ces règles ne font que coexister. »*

### c. Une limite implicite à la liberté des Etats

Tout comme dans les autres domaines affectés par le phénomène d'indérogeabilité, l'article 103 implique également une remise en cause du paradigme classique, qui conçoit l'ordre juridique international comme un système d'Etats souverains et égaux entre eux, qui ne sont pas soumis à une autorité supérieure, ces derniers n'étant limités que par leur propre volonté. Par l'intermédiaire de cette disposition, la Charte devient un instrument indérogeable, car les Etats ont consenti à faire primer les dispositions de la Charte sur les engagements incompatibles avec celle-ci. Ils ne peuvent donc pas déroger à la Charte, mais ceci dans un sens inédit. Cette impossibilité de dérogation est indirecte, car elle ne vaut que lorsqu'un conflit apparaît et elle engendre uniquement une préséance temporaire d'une obligation sur une autre.<sup>2022</sup>

Ici, l'effet de l'indérogeabilité intervient en aval, à savoir qu'elle n'empêche pas l'existence de normes contraires, mais fait obstacle à leur application subséquente dans des situations déterminées. De plus, l'étendue de l'article 103 est restreinte, car il ne s'applique qu'aux Etats parties à la Charte et uniquement à leurs relations conventionnelles. Une coutume contraire à la Charte pourrait théoriquement émerger et aurait la possibilité de modifier celle-ci.<sup>2023</sup> Le *jus cogens* est, quant à lui, plus précis au niveau de la détermination de ses conséquences, toute norme contraire devant être frappée de nullité;<sup>2024</sup> les conventions en matière de droits de l'homme énoncent des droits, auxquels les Etats parties ne peuvent déroger, et ceci même en situation de crise. Le droit international humanitaire a été conçu comme un tout indérogeable, qui n'accepte aucune exception ou limitation, qu'il ne prévoit expressément. L'indérogeabilité de la Charte est donc unique, de par son champ d'application et ses fonctions.

L'institutionnalisation de la vie internationale a engendré la multiplication des organisations internationales et la prolifération de traités régulant des domaines nouveaux. Ces développements ont naturellement mené à la réduction du domaine réservé des Etats: l'Etat n'est plus ce sujet omnipotent et tout-puissant qui agit de manière totalement discrétionnaire; il est désormais soumis

---

<sup>2022</sup> Elle peut entrer dans la définition de la dérogation qui a été proposée au début de ce travail : « *non-application d'une norme supplétive par la volonté des sujets de droit* », et « *se dit d'une situation où licence est laissée aux parties contractantes d'exclure l'application d'une norme conventionnelle dans certaines hypothèses prévues à l'avance.* »  
**Voir Chapitre I, partie A. 4. b.**

<sup>2023</sup> Comme la pratique relative à la procédure de vote au sein du Conseil de sécurité, plus précisément l'exercice du droit de veto par abstention: l'article 27§3 de la Charte, exigeant le vote affirmatif des cinq membres permanents pour les décisions de nature non-procédurale, a été modifié par la pratique. L'abstention ne fut progressivement plus considérée comme un veto. Le vote affirmatif n'est aujourd'hui plus nécessaire, l'abstention étant suffisante.

<sup>2024</sup> Notre conviction demeure que les effets du *jus cogens* doivent être également limités au cadre conventionnel, mais la tendance majoritaire vise une expansion des effets à toute norme quelque soit sa source. Cette conséquence relève davantage de la dimension symbolique du *jus cogens* que de sa fonction purement juridique.

à des obligations toujours plus nombreuses. Devenir membre d'une organisation internationale revient à accepter de renoncer à certaines de ses prérogatives souveraines.<sup>2025</sup> L'ONU est certes basée sur le principe d'égalité souveraine et préserve un espace pour les compétences exclusives des Etats (article 2§7), mais les Etats ont librement consenti à déléguer une partie de leur autorité. L'article 103 fait partie de la même logique: il n'empêche pas les Etats de conclure des accords contraires à la Charte, ni n'impose de mettre fin aux accords déjà existants, mais les rend inapplicables et inutiles. Comme déjà souligné, cela génère des attentes légitimes envers les autres sujets de l'ordre juridique international, car ceux-ci vont se comporter de manière conforme aux prescriptions de la Charte. La disposition présentement examinée réduit partiellement la liberté des Etats de conclure de nouveaux traités, car elle rend inapplicable et ineffective toute prescription contraire à la Charte et limite, en conséquence, leur capacité à déterminer les rapports dans lesquels ils s'engagent. L'article 103 est aussi bien une dérogation aux principes traditionnels de résolution de conflit de normes, tels que mentionnés *supra*, qu'une dérogation au principe de la liberté des Etats de définir eux-mêmes leurs relations contractuelles

L'indérogeabilité qui découle de l'article 103 peut *a priori* paraître étroite en raison de sa formulation mais, en réalité, la disposition produit des effets « psychologiques » plus étendus que ses conséquences juridiques, ce qui peut expliquer l'engouement doctrinal autour de la question. Indirectement, par l'imposition de valeurs reconnues comme fondamentales par et pour la communauté internationale, l'article 103 agit comme un frein aux comportements déviants des acteurs internationaux. Les dimensions symboliques et axiologiques de l'indérogeabilité onusienne constituent les thèmes de la partie suivante.

#### **4. L'article 103 et ses fonctions symboliques et systémiques**

Toute société, afin de pouvoir garantir sa survie, se doit d'être caractérisée par un minimum d'uniformité et de cohérence, tant au niveau de ses valeurs juridiques et morales, qu'à l'échelle des principes qui en sont le ciment. La réunion de ces valeurs collectives et des piliers fondamentaux constitue l'ordre public, notion définie dans le chapitre relatif au *jus cogens*.<sup>2026</sup> Certains mécanismes ont ainsi été créés, afin de faire respecter certaines règles indispensables à la préservation de ce *public policy*. Comme toutes les catégories normatives existantes en droit

---

<sup>2025</sup> « Les organisations internationales, quoiqu'elles n'ont pas les qualités spécifiques au-dessus de l'Etat, sont le symptôme de la subordination de la volonté des Etats à l'idée de communauté. », KRECA, Milenko, « Quelques observations sur le problème de la hiérarchie des règles de droit dans le droit international positif », *Revue Yougoslave de droit international*, année XXVII, N°1, 1980, p. 75

<sup>2026</sup> Voir *supra*, **Chapitre II**. Nous reprendrons cette notion d'ordre public, notamment dans la conclusion, plus spécifiquement en lien avec le droit international privé. Plusieurs ordres publics peuvent coexister au sein d'un même système juridique, voir *infra* **partie IV. C. 4. a. ii.**

international, sous-tendues par une idée de priorisation, l'article 103 implique une forte dimension symbolique: sont alors entremêlées des considérations juridiques et extra-juridiques. Et même s'il n'est pas dans l'habitude du juriste d'introduire la notion de valeurs dans le débat, on ne peut se passer de ces dernières lorsque l'on évoque la *Charte des Nations Unies*, dont la vocation première est d'imposer une certaine vision de la société. Dans une ère de fragmentation de l'ordre juridique international, il est évident que le phénomène de multiplication des régimes s'accompagne de l'apparition de valeurs nouvelles et d'intérêts spécifiques à chacun d'eux.

#### **a. Imposition de valeurs collectives et d'idéaux communs**

##### *i. La Charte comme un vecteur de valeurs et de normes d'intérêt public*

Parallèlement à sa fonction technique, l'article 103 constitue un moyen visant à imposer et sauvegarder certaines valeurs fondamentales. La *Charte des Nations Unies* a consacré quelques principes essentiels et leur a donné une expression en droit international positif. Elle a concrétisé des valeurs, objectifs et principes communs, devant guider la société internationale et participer au renforcement de sa cohérence globale.<sup>2027</sup> Cet instrument représente une vision des relations internationales, sorte de « saine éthique », basée sur des piliers, dont la protection semblait essentielle en 1945, afin d'éviter au monde une troisième guerre mondiale et devant fonder le nouvel ordre international: interdiction du recours à la force, règlement pacifique des différends, centralisation du système de sécurité collective et promotion des libertés fondamentales. La Charte a établi, à défaut d'une hiérarchie formelle, une hiérarchie de valeurs.<sup>2028</sup> L'article 103 est assurément une disposition permettant de maintenir et de défendre cette hiérarchie matérielle contre de possibles velléités contraires.

« (...) almost all fundamental principles of international law can be found in the Charter. The Charter has consolidated previously existing rules and developed new principles of international conduct, giving both categories a distinct legal status [obtained] by having them formally incorporated into a multilateral treaty of historic importance. »<sup>2029</sup>

La *Charte des Nations Unies* contient en son sein des normes d'ordre public visant à servir l'ensemble de la communauté internationale et à favoriser la poursuite de ses intérêts. Elle assume

---

<sup>2027</sup> « L'histoire du droit est celle d'une systématisation progressive des valeurs. Avant d'être systématisées, ces valeurs existent sous forme instinctive au sein de toute société. Puis vient la règle de droit, qui est issue spontanément des besoins de la société. (...) L'émergence et la disparition des valeurs, et donc des finalités du droit, sont fortement influencées par les événements extérieurs et la perception par les membres de la société des priorités. », ROUBIER, Paul, *Théorie Générale du Droit : Histoires des Doctrines Juridiques et Philosophie des Valeurs Sociales*, 2<sup>nd</sup> Ed. Paris, Dalloz, 2005, pp. 319-320

<sup>2028</sup> « The UN Charter's normative framework has been instrumental in bringing about a verticalization in the relations of member states inter se. It has been the catalyst for the development of a legal order based on hierarchically superior values, as opposed to one exclusively based on the equilibrium or value of sovereigns. », DE WET, Erica, «The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order», *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, 2006, p. 616

<sup>2029</sup> MACDONALD, Ronald, «The Charter of the United Nations in Constitutional Perspective»,..., p. 206

cette mission par la limitation de la toute-puissance des Etats, ainsi que par la diminution de leur faculté de créer des règles pouvant entrer en conflit avec les valeurs qui la sous-tendent. Toutefois, la Charte n'est pas le seul instrument à incorporer des normes d'ordre public, citons par exemple, les traités humanitaires et de protection des droits de la personne, les conventions commerciales, celles visant à la protection de l'environnement ou encore les instruments en matière de droit international pénal: ces textes répondent à des exigences fondamentales et tendent à la réalisation d'intérêts primordiaux.<sup>2030</sup>

Cette fonction axiologique se rapproche évidemment de celle remplie par les normes de *jus cogens*, mais aussi par les droits de l'homme indérogeables et les « considérations élémentaires d'humanité », qui furent examinées dans le chapitre relatif au droit international humanitaire.<sup>2031</sup>

Le droit international a toujours reconnu l'existence de certaines normes supérieures, procurant une assise juridique aux valeurs et aux règles auxquelles il faut donner préséance. Ces catégories de normes ont un objectif commun, visant à imposer des valeurs collectives universelles et des idéaux partagés et à exclure les comportements pouvant menacer l'existence pacifique de la communauté internationale. Certes, chaque catégorie a ses propres mécanismes d'imposition et d'exclusion, mais il est probant que cette fonction symbolique apparaît de manière récurrente, lorsque l'on évoque l'indérogeabilité. Il existe une certaine identité entre ces divers groupes normatifs, notamment concernant leurs relations avec les valeurs et les intérêts communautaires : ils ont pour mission de favoriser l'unification et l'homogénéisation d'une société fondamentalement hétéroclite. Ils sont des outils pour protéger ces valeurs pivots et des vecteurs de normes d'ordre public, en l'absence d'organes centralisés de mise en œuvre. Il est vrai que la Charte a permis la mise en place d'organes, mais l'exécution et l'application du droit international dépend encore grandement de la volonté des Etats. Il est regrettable que l'article 103 ait souvent été employé de manière peu judicieuse, afin d'imposer arbitrairement des valeurs et, ainsi, créer de fausses hiérarchies axiologiques. Cette attitude a été tantôt guidée par une trop grande déférence à l'encontre du Conseil de sécurité et de sa mission de maintien de la paix, perçue comme la valeur

---

<sup>2030</sup> Anne Peters décrit ces instruments comme: « *World order treaties that are characterized by their quasi-universal membership, their non-reciprocal structure, which means that they embody collective obligations serving global community interests which transcend the individual interests of States parties. In these treaties and customary law, one can identify public interest norms embodying universal values (...) such as the centrality of human being, the acceptance of a common heritage of mankind and the ideas of sustainable development and free trade.* », PETERS, Anne, « Global Constitutionalism Revisited », *International Legal Theory*, vol. 11, 2005, p. 52

<sup>2031</sup> Certains grands principes remplissent la même fonction: héritage commun de l'humanité, énoncé à l'article 311 de la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*; le principe de dignité humaine, inséré dans les préambules des conventions et instruments en matière de protection des droits de la personne, entre autres. En droit privé également, il existe des outils d'imposition et d'exclusion de valeurs, comme par exemple le concept d'ordre public ou les lois d'application nécessaire et immédiate. La conclusion générale reviendra sur ce point.

suprême et devant primer sur toute autre considération, tantôt mue par une détermination à affirmer l'autonomie d'un régime par rapport au système établi par la Charte.

*ii. Une remise en cause des idéaux de la Charte: multiplication des régimes et fragmentation des valeurs*

L'article 103 fonctionne comme un mécanisme d'imposition de valeurs censées refléter les aspirations et les intérêts partagés par la communauté internationale. Comme il a pu être démontré, cet outil n'assure pas, ou plus, une primauté absolue aux dispositions de la *Charte des Nations Unies* sur toute autre norme de droit international. Ce constat mène-t-il à une remise en cause des valeurs onusiennes et ceci, plus particulièrement à la lumière des développements récents qui se produisent au sein du système international? Certes, la Charte n'inclut pas l'ensemble des valeurs et nouvelles préoccupations de la société contemporaine. Depuis 1945, de nouvelles priorités sont apparues, comme par exemple, la question des espaces extra-atmosphériques, ou plus récemment la protection de l'environnement, la régulation des marchés financiers, le contrôle de standards sanitaires et la lutte contre le terrorisme. Il est évident que les acteurs ont des difficultés à s'accorder sur les valeurs devant être privilégiées ou sur la nécessité d'établir une telle classification

La Charte n'a pas été conçue comme un instrument immuable, mais elle demeure difficilement amendable au vu de ses articles 108 et 109, comme peut le prouver l'échec des tentatives de réformes institutionnelles, notamment celles relative au changement de la composition du Conseil de sécurité. De plus, un certain nombre de règles impératives ne sont pas expressément citées dans la Charte, mais ont été développées au cours du temps et ont été concrétisées dans d'autres conventions internationales: l'interdiction du génocide, de la torture ou de l'apartheid, le principe de non-refoulement. De nouvelles normes coutumières consacrent également ces préoccupations contemporaines: prohibition des dommages durables à l'environnement ou protection des droits fondamentaux des enfants. La Charte ne liste pas l'ensemble des normes de *jus cogens* ou des obligations *erga omnes*, considérées comme le reflet des valeurs et intérêts fondamentaux de la communauté internationale. Le *jus cogens* et les obligations *erga omnes* apparaissant être des instruments plus flexibles, s'adaptant plus vite aux nouveaux besoins. Cependant, il semble que la *Charte des Nations Unies* a inspiré la plupart des traités et coutumes de ces soixante dernières années. Elle a établi des normes génériques et constitue une sorte de matrice éthique et juridique, les autres normes s'étant développées dans la grande majorité des cas

à partir de sa logique.<sup>2032</sup> Elle a permis et accéléré le passage de certaines normes dans la catégorie *jus cogens et erga omnes*. Bien que de nombreuses règles fondamentales se situent hors du cadre de la Charte, il n'existe pas un réel conflit entre les anciennes et les nouvelles valeurs qui pourraient remettre en cause l'ensemble des acquis de San Francisco.

De nombreuses voix se distancent pourtant de cette approche. Il est difficile de nier que des systèmes, ou sous-systèmes, de normes et de valeurs, internationaux et régionaux, se sont multipliés, menant à une fragmentation du droit international. Il n'y a probablement plus un ordre public international unique, mais y'en-t-il réellement eu un, le système international ayant toujours été marqué par la pluralité? Plusieurs ordres sont apparus et coexistent, mais ces derniers restent liés par les mêmes valeurs, ou tout du moins, ne promeuvent pas de valeurs totalement étrangères. Ceci concourt en conséquence à renforcer l'ordre international, tel que reflété dans la Charte.<sup>2033</sup> Il est logique que chaque régime- droits de l'homme, environnement, commerce, droit pénal, systèmes régionaux ou nationaux, ordre communautaire- défende ses intérêts particuliers, par l'intermédiaire de ses instruments, organes et juridictions. Le survol de la jurisprudence la plus récente a permis de mettre en lumière une évolution certaine du raisonnement, notamment au sein des instances européennes et nationales: la soumission à l'autorité de la Charte et au Conseil de sécurité n'est plus automatique, les organes tentant de se détacher du schéma traditionnel de subordination, afin d'affirmer leurs valeurs et défendre leurs agendas. Ces prises de position ne révèlent pas l'existence d'une incompatibilité profonde entre des valeurs, plutôt une divergence dans la priorité relative accordée à celles-ci. Elles peuvent être aussi perçues comme un rappel à l'ordre: le CdS ne doit pas sacrifier, au nom des préoccupations sécuritaires, les acquis en matière de protection de la personne humaine. Il n'est pas opportun de systématiquement s'opposer aux mesures prises par l'organe exécutif des Nations Unies, mais au vu de son manque de plus en plus évident de légitimité, il paraît important de ne pas laisser passer les abus et les débordements commis en son nom.<sup>2034</sup> Certaines remises en cause sont nécessaires, car elles permettent une

---

<sup>2032</sup> DUPUY, Pierre-Marie, «The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited», ..., p. 11

<sup>2033</sup> Les régimes se renforcent les uns les autres: la jurisprudence de la Cour de Strasbourg a, par exemple, indéniablement inspiré les organes universels, notamment le Comité des droits de l'homme. Prenons à titre d'illustration l'arrêt de la CrEDH dans l'affaire *Soering contre Royaume-Uni* (Requête N° 14038/88, arrêt Strasbourg, 7 juillet 1989), qui a été reprise dans le cas *Ng contre le Canada*, par le Comité. (*Chitat Ng vs. Canada*, Communication N° 469/1991, U.N. Doc. CCPR/C/49/D/469/1991 (1994), 5 novembre 1993)

A propos de l'arrêt de la CJCE dans l'affaire *Kadi-Al Barakaat*: «*The Court protected fundamental rules of Community law which in substance overlapped and indeed were informed by international standards.*», NOLLAEMPER, André, «The European Courts and the Security Council: Three Replies to Pasquale De Sena and Maria Chiara Vitucci», *European Journal of International Law*, vol. 20, N°3, 2009, p. 868.

<sup>2034</sup> « 44. It is true that courts ought not to be institutionally blind. Thus, the Court should be mindful of the international context in which it operates and conscious of its limitations. It should be aware of the impact its rulings may have outside the confines of the Community. In an increasingly interdependent world, different legal orders will have to endeavour to accommodate each other's jurisdictional claims. As a result, the Court cannot always assert a

évolution du droit et mènent à des questionnements et des débats, pouvant générer des modifications positives.<sup>2035</sup>

Cependant, malgré l'existence de divergences occasionnelles, les conflits réels sont rares, jamais les valeurs universelles reconnues et acceptées n'ont été mises à mal par des prononcés et des décisions, malgré l'opinion de certains, qui perçoivent une érosion progressive du système onusien et de l'ensemble de l'ordre juridique international.<sup>2036</sup> Le droit international doit s'accommoder et s'adapter à ces particularismes et les prendre en considération, car « *un droit qui ne parviendrait pas à exprimer clairement les différences existant entre des situations de fait ou entre les intérêts ou les valeurs à prendre en compte dans des domaines de problèmes particuliers apparaîtrait tout ensemble inacceptable, utopique et totalitaire* ». <sup>2037</sup>

Dans la majorité des cas étudiés, le « clash » de valeurs intervient entre deux valeurs ou deux intérêts, à savoir, entre le maintien de la paix et de la sécurité internationales et la protection des droits de l'homme, entre un intérêt collectif et un intérêt individuel. L'article 103 fut souvent employé pour donner la priorité aux considérations sécuritaires: comme si la disposition fut pensée pour servir de fondement à la classification entre les principes et les buts énoncés par la communauté internationale.<sup>2038</sup> Les instances ont voulu baser leur raisonnement sur un argument juridique, une disposition de la Charte, mais, en réalité, elles ont été guidées par un désir de donner

---

*monopoly on determining how certain fundamental interests ought to be reconciled. It must, where possible, recognise the authority of institutions, such as the Security Council, that are established under a different legal order than its own and that are sometimes better placed to weigh those fundamental interests. However, the Court cannot, in deference to the views of those institutions, turn its back on the fundamental values that lie at the basis of the Community legal order and which it has the duty to protect. Respect for other institutions is meaningful only if it can be built on a shared understanding of these values and on a mutual commitment to protect them. Consequently, in situations where the Community's fundamental values are in the balance, the Court may be required to reassess, and possibly annul, measures adopted by the Community institutions, even when those measures reflect the wishes of the Security Council. », General Poiares Maduro delivered on 16 January 2008, Case C-402/05 P, Yassin Abdullah Kadi, ..., § 44, p. 18*

<sup>2035</sup> Le débat doctrinal soulevé par les affaires concernant la mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité imposant des sanctions aux individus suspectés d'appartenir à des groupes terroristes en est la preuve. La pression née des décisions rendues par les cours nationales a mené à certaines améliorations au niveau du régime des sanctions des Nations Unies: la Résolution 1730 du 19 décembre 2006 a imposé au Secrétaire général de créer, au sein du Service du secrétariat des organes subsidiaires du Conseil de sécurité, un point focal, chargé de recevoir les demandes de radiation des listes. La Résolution 1904 du 17 décembre 2009 a ordonné la création d'un médiateur (Ombudsman), afin d'améliorer le traitement des demandes en radiation.

<sup>2036</sup> HERIK VAN DEN, Larissa, SCHRIJVER, Nico, «Eroding the Primacy of the UN System of Collective Security, ..., p. 330. Les auteurs soutiennent que le régime onusien et le régime européen ont été créés avec le même objectif, maintenir la paix, mais que maintenant, ils sont, nous citons, « *at odds on this issue* ».

<sup>2037</sup> *Fragmentation du Droit International. Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, Rapport du Groupe d'Etude de la Commission du droit international, établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi, ..., § 16, p. 15*

<sup>2038</sup> Nous convenons que: « *More than formal primacy of UN Security Council obligations, it is the primacy of some UN substantive values that is at stake. », DE SENA, Pasquale, VITUCCI, Maria Chiara, «The European Courts and the Security Council: Between Dédoublement Fonctionnel and Balancing of Values», ..., p. 206*

de l'importance aux valeurs sous-tendant les résolutions du Conseil, dans le but de ne pas affecter l'autorité de ce dernier. Comment peut-on omettre que l'article 103 couvre également les obligations de la Charte en matière de droits fondamentaux et que celles-ci ont finalement la même force et effets contraignants qu'une résolution du Conseil? Cette attitude fut rompue par l'arrêt *Kadi* devant la CJCE et certaines décisions émanant d'instances nationales, qui décidèrent de faire primer les libertés fondamentales propres à chaque système ou, au moins, de les mettre sur un pied d'égalité avec les questions de sécurité, ce qui représenta un engagement clair envers les valeurs « droits de l'homme et état de droit ». Il est toutefois erroné de conclure que ces arrêts et jugements aient mené à la mise en place d'une nouvelle structure hiérarchique entre le droit international et le droit communautaire ou national.

A nouveau, il ne s'agit pas de soumettre une valeur à une autre, ni d'affirmer la supériorité d'un ordre sur un autre.<sup>2039</sup> Lorsque l'incompatibilité juridique peut être résolue par l'interprétation et que le conflit se situe au niveau axiologique, il revient à l'instance saisie d'entreprendre une pesée des intérêts et *policies* en présence pour évaluer, si cela se révèle être nécessaire, lesquels doivent être dotés de la priorité dans les circonstances de l'espèce. Cet équilibre peut varier selon le contexte, l'époque et l'autorité qui se prononce:

*« (...) the precise and accurate balance to strike between the protection of an individual human right and the collective right [fight against terrorism] is based on a value choice at the constitutional level of the Community and of the member States (...) the nuanced articulation of the balancing test reflects social concerns... »*<sup>2040</sup>

Tout est question d'harmonie à atteindre: les valeurs issues de ces systèmes ne sont pas antagoniques *per se* et il ne doit être fait recours à l'article 103 pour créer une fausse hiérarchie entre elles.

L'image de l'ordre juridique international n'est pas celle d'une structure hiérarchique, au sommet de laquelle les Nations Unies gouvernent le monde par le droit public et la diplomatie.<sup>2041</sup> L'organisation demeure un symbole et un facteur de connexion entre les régimes et les systèmes: en raison de son caractère universel, elle lie les différentes « communautés » à la communauté

---

<sup>2039</sup> Ce passage de l'arrêt *Kadi* 2010, § 85: « Selon la Commission et les gouvernements intervenants, il convient de parvenir à un juste équilibre entre le droit fondamental à un contrôle juridictionnel effectif dont dispose un individu dont les fonds sont gelés en vertu d'une mesure communautaire et la nécessité de lutter contre le terrorisme international conformément aux décisions contraignantes prises par le Conseil de sécurité en vertu du chapitre VII de la charte des Nations unies. »

<sup>2040</sup> CANOR, Iris, «The European Courts and the Security Council: Between *Dédoublement Fonctionnel* and Balancing of Values...», p. 885.

<sup>2041</sup> KOSKENNIEMI, Martti, LEINO, Päivi, « Fragmentation in International Law? Post-Modern Anxieties »,..., p. 557. « Nor should we be encouraged to pin all our cosmopolitan and multilateral hopes on the UN system (...) the UN is one site among many. », KENNEDY, David, « One, Two, Three, Many Legal Orders: Legal Pluralism and the Cosmopolitan Dream »,..., p. 655

internationale et a servi de source d'inspiration pour l'élaboration des normes spécifiques à chaque régime.<sup>2042</sup> L'article 103 de la Charte est un moyen, parmi d'autres, de protéger des valeurs et de préserver ce qui est perçu comme étant le bien commun. Il est essentiel de ne pas perdre de vue cet objectif, car le droit est, et doit rester, un projet social collectif. Mais attention, les mécanismes d'imposition de normes et de valeurs ne doivent être compris comme des solutions à tous les problèmes et encore moins, comme des remparts contre la fragmentation, mais plutôt comme des réponses juridiques circonstanciées à certains conflits.<sup>2043</sup>

*«International lawyers have tried to respond to deformalization, fragmentation and empire by resorting to a vocabulary of institutional hierarchies and fundamental values.»<sup>2044</sup>*

Le phénomène de fragmentation mène à une confrontation occasionnelle entre des régimes qui, certes ne sont pas construits sur les mêmes piliers, mais qui ne sont pas pour autant antagoniques. Chacun établit l'ordre de ses priorités, sans pour autant devoir ignorer et rejeter les fondements des autres. Accepter que le droit international ne soit pas cet édifice unitaire et monolithique, mais un ordre pluriel et divers, devant être sans cesse interprété et adapté à la lumière des réalités contemporaines, tout en n'oubliant pas que certains fondamentaux doivent être préservés pour assurer le maintien de relations internationales harmonieuses et pacifiques, semble être la meilleure approche.

*« We have seen that international society changes in the course of history. Thus the legal community formed by this society must adapt itself to these changes. The international community must in modern times produce new practices which can stimulate or harden into new law. »<sup>2045</sup>*

---

<sup>2042</sup> DE WET, Erica, «The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order», ..., p. 614

<sup>2043</sup> KLABBERS, Jan, «Setting the Scene», in KLABBERS, Jan, PETERS, Anne, ULFSTEIN, Geir, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 393 p. 18

<sup>2044</sup> KOSKENNIEMI, Martti, «Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization», *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 8, 2007, p. 24

<sup>2045</sup> MOSLER, Hermann, «The International Society as a Legal Community», *RCADI*, vol. 140, 1974-IV, p. 36

## **b. Maintien de la cohésion, de l'efficacité et de l'intégrité du système de sécurité collective**

Comme mentionné dans la partie **B.1.a.**, l'article 103 joue un rôle particulièrement important dans le domaine du maintien de la paix, car il permet aux Etats de ne pas respecter certains de leurs engagements conventionnels, lorsqu'ils mettent en œuvre une décision du Conseil de sécurité prise sur la base du Chapitre VII. La *Charte des Nations Unies* est, ne l'oublions pas, l'instrument constitutif d'un système permanent de sécurité collective, l'ONU représentant l'organisation la plus importante et la plus élaborée en la matière de toute l'histoire contemporaine, à l'échelle de son universalité et de la généralité des ses objectifs, moins peut-être, au niveau de son efficacité.<sup>2046</sup> Les dispositions relatives à ce domaine, ainsi qu'au règlement pacifique des différends, sont d'ailleurs les seules à être réellement explicitées de manière précise par la Charte, celles concernant les droits de l'homme ou la coopération économique et sociale étant rédigées sous une forme plus programmatique.<sup>2047</sup>

Alors que la fundamentalité de la Charte dans la préservation de certains intérêts et valeurs et l'importance de l'article 103 à cet égard doivent être reconnues, il faut accepter que ce dernier a également une fonction systémique à remplir: des menaces et des périls existent et il est nécessaire de les contrer, afin que la paix soit maintenue et que les valeurs collectives soient protégées. La guerre lancée contre l'Irak en 2008, entreprise unilatérale américaine, a représenté un des plus grands dangers contre le régime établi en 1945. Paradoxalement, cet épisode a aussi permis de révéler les failles du système. Ces faiblesses ne sont pourtant pas nouvelles et ont pu se manifester à diverses occasions: paralysie du Conseil de sécurité pendant la Guerre froide, absence de réaction face à des tragédies humaines, comme lors du génocide au Rwanda ou la crise du Darfour. Il convient, par conséquent, de se questionner sur les avantages et le bien-fondé de maintenir un système défectueux, souvent incapable de réagir rapidement et efficacement à des situations de crise.

L'intention qui a animé les rédacteurs de la Charte est louable: maintenir la paix par l'interdiction du recours à la force et par la centralisation des pouvoirs coercitifs dans les mains d'un organe, qui à la sortie de la Deuxième Guerre mondiale, paraissait légitime et représentatif des forces en présence. Ce constat n'est plus valable aujourd'hui: le Conseil de sécurité s'est passablement

---

<sup>2046</sup> HE, Qizhi, « The Crucial Role of the United Nations in Maintaining Peace and Security », in TOMUSCHAT, Christian, Ed., *The United Nations at Age Fifty: A Legal Perspective*, La Haye, Kluwer Law International, 1995, p. 77

<sup>2047</sup> Il est évidemment question des dispositions substantielles de la Charte et non de celles concernant son fonctionnement ou celui de ses organes. Les dispositions relatives à ces sujets sont précises et détaillées.

décrédibilisé et le manque de mécanismes de contrôle sur son action renforce cette affirmation. Le Conseil n'a pas toujours agi dans le prolongement des idéaux de la Charte et certaines de ses décisions ont été contestées. Les valeurs restent importantes, mais leur mise en œuvre laisse parfois un goût amer. La tendance existante au sein d'organes, notamment les organes de la Communauté européenne et les instances nationales, qui remet en cause et fait vaciller cette toute-puissance du Conseil, par leur refus de donner effet à certaines de ses décisions, repose davantage sur une volonté de réformer un système de sécurité collective obsolète et non-respectueux des principes de droit international relatifs à la transparence, à la légitimité et à la promotion des droits de l'homme, que sur des velléités de renverser les valeurs promues par la *Charte des Nations Unies*.<sup>2048</sup> Le seul regret à exprimer est que ces tentatives ne soient pas justifiées sur la base du droit international, mais sur la base du droit spécifique à ces régimes et sur leurs valeurs particulières.

L'article 103 ne doit pas être un *blanc-seing* pour les Etats, les autorisant à violer arbitrairement leurs engagements, lorsqu'ils obéissent au CdS agissant au nom du maintien de la paix. L'article 103 offre une certaine sécurité aux Etats, ils ne verront pas leur responsabilité internationale engagée quand ils assument leurs obligations onusiennes, mais uniquement, s'ils se comportent de manière conforme au droit international.<sup>2049</sup> La disposition a effectivement participé à la protection de l'intégrité, de la cohésion et de l'efficacité du système de sécurité collective et remplit donc une fonction systémique, mais à la vue des incertitudes relativement à la légitimité dudit système, il est peu acceptable d'employer l'article 103 dans une optique de préservation du *statu quo* en la matière. Questionner les méthodes employées, afin de mettre en œuvre des objectifs louables et nécessaires peut constituer:

« [the ECJ Judgement in *Kadi* will be recorded as] a courageous and constructive step towards a stronger system of collective security in the interest of the global struggle against international terrorism. »<sup>2050</sup>

---

<sup>2048</sup> « As such, *Kadi* stands for a new-bottom-up process in which regional court pressures the UN Security Council to change its policy towards fundamental rights. », POSCH, Albert, «The *Kadi* Case: Rethinking the Relationship Between EU Law and International Law»,..., p. 5. Egalement: « (...) these judgments put pressure on the need to adapt the sanctions regime. Without any adaptations, regional or national courts increasingly may feel compelled to scrutinize Security Council sanctions resolutions. As a result, the unity and coherence of this regime, the effectiveness of UN sanctions and, ultimately, the authority of the Security Council will suffer, and the Council will not be able to perform its functions as required by the Charter. », WESSEL, Ramses A., « Editorial: The UN, The EU and *Jus Cogens*»,..., p. 6

<sup>2049</sup> BIANCHI, Andrea, «Assessing the Effectiveness of the UN Security Council's Anti-Terrorism Measures...», p. 904: «Regardless of whether the commands emanating from the SC are consistent per se with international law, states are under the obligation to make sure that their implementation does not violate international law. »

<sup>2050</sup> HERIK VAN DEN, Larissa, SCHRIJVER, Nico, «Eroding the Primacy of the UN System of Collective Security:..., p.338

### c. Relations entre les ordres juridiques, une complémentarité évidente

« (...) *Monism and dualism have given way to a pluralist legal order. Such an order without an overarching hierarchy can only work if every legal system pays due regard to other systems.* »<sup>2051</sup>

L'article 103 pose indirectement la question des relations entre l'ordre juridique international et les autres ordres juridiques, régionaux ou spécialisés, ainsi que les régimes dits « autonomes ». Si l'on adopte une position purement internationaliste, l'ordre juridique international se situe au sommet de l'agencement normatif, et ceci a été justifié par l'insertion de l'article 103.<sup>2052</sup> Cette conclusion, valable pour le droit communautaire, est applicable au régime de l'OMC, au droit international des droits de l'homme, au droit de l'environnement, au droit des espaces internationaux, car ils sont basés sur des traités internationaux ordinaires conclus entre des Etats, en vertu des règles du droit international général. Les « sous-régimes » seraient soumis à l'ordre juridique international, ce qui présuppose l'existence d'un système commun, universel et d'une communauté internationale unie. Cette variante de l'approche constitutionnaliste est basée sur le présupposé que les ordres sont agencés en une structure hiérarchique, qui place à son apex le droit international, tel qui découle des instruments conclus sous l'égide des Nations Unies et des normes universelles et générales.<sup>2053</sup>

« (...) *sans parler de l'ensemble des diverses règles que l'Article 103 de la Charte des Nations Unies rend non seulement applicables, mais aussi hiérarchiquement supérieures aux règles fixées par les régimes autonomes.* »<sup>2054</sup>

Toutefois, il est possible d'adopter une perspective régionale/communautaire/sectorielle, qui considère les « autres régimes » comme des ordres autonomes, distincts et séparés,<sup>2055</sup> ne tolérant aucune atteinte à leurs principes fondamentaux, pouvant être issue de l'exécution d'obligations découlant d'autres accords internationaux.<sup>2056</sup> Cette approche rejette toute primauté de l'ordre

---

<sup>2051</sup> PAULUS, Andreas, « Three responses for Kadi and Al-Barakaat : Luxembourg is not Texas-or Washington DC », *EJIL Talks*, February 2009, disponible at <http://www.ejiltalk.org/kadi-and-al-barakaat-luxembourg-is-not-texas-or-washington-dc/>, consulté le 5 mars 2010

<sup>2052</sup> Notamment dans l'affaire *Kadi* devant le Tribunal de première instance de la CE, §§ 183-184 et, dans une certaine mesure, dans *Behrami-Saramati* devant la CrEDH.

<sup>2053</sup> Voir **partie IV. B. 1. b.** Plusieurs raisons viennent soutenir cette approche: garantir l'efficacité du système de sécurité collective; la promotion d'objectifs communs et de valeurs globales ou le besoin d'unité et de cohérence. Voir TOMUSCHAT, Christian, « Case T-306/01, Ahmed Ali Yusuf and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission; Case T-315/01, Yassin Abdullah Kadi v. Council and Commission », *Common Market Law Review*, vol. 43, 2006, p. 551.

<sup>2054</sup> *Fragmentation du Droit International. Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, Rapport du Groupe d'Etude de la Commission du droit international, établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi...*, § 183, p. 104

<sup>2055</sup> Comme des « *self-contained regimes* », créant des ordres juridiques totalement indépendants et indifférents au droit international. Voir: LAVRANOS, Nikolaos, « Judicial Review of UN Sanctions by the Court of First Instance », *European Foreign Affairs Review*, vol. 11, 2006; EECKHOUT, Piet, « Community Terrorism Listings, Fundamental Rights, and UN Security Council Resolutions. In Search of the Right Fit. », *European Constitutional Law Review*, vol. 3, 2007

<sup>2056</sup> L'affaire *Kadi-Al Barakaat* devant la CJCE, § 316 et affaire *Kadi* 2010 devant le Tribunal de la CE; Affaire *Van Gend en Loos* et affaire *Costa vs. Enel* également. Voir **note de bas de page 1983**. Cette jurisprudence fut suivie par d'autres affaires devant la CJCE, affirmant l'autonomie du droit communautaire: Affaire *Internationale Handelsgesellschaft*, Case 11/70, 17 décembre 1970; Affaire *Simmenthal*, Case 35/76, 15 décembre 1976; Affaire *Les*

onusien sur la base de l'article 103, sans pour autant nier la pertinence du droit international. Les divers systèmes juridiques coexisteraient de manière horizontale les uns à côté des autres, « *as distinct planets of the same universe of law* », chacun ayant leur propre hiérarchie interne, juridique et axiologique.<sup>2057</sup> Par exemple, en cas de conflit entre leurs obligations particulières et celles issues de la Charte, les Etats membres de la CE se doivent d'éliminer les incompatibilités en faveur du droit européen, ce qui tend à démontrer le statut distinct du droit communautaire par rapport au droit international.<sup>2058</sup> Ce dualisme, ou pluralisme, peut sembler menacer la cohérence de la « planète » du droit international, car cette approche tendrait à effriter la suprématie du système international, ce qui, par conséquent, aurait comme impact d'augmenter le risque de conflits normatifs et de miner la prévisibilité juridique.

Que l'on adopte une approche autonomiste (pluraliste) ou moniste (constitutionnaliste); que l'on considère le droit international comme un ordre unifié, cohérent et organisé ou au contraire, que l'on accepte l'existence d'une pluralité d'ordres juridiques, parfois complémentaires, non-intégrés les uns aux autres et qui ne sont pas régis par des relations d'ordre hiérarchique- à défaut de nous répéter- les objectifs de base visés et les valeurs poursuivies sont identiques, et plutôt que de s'affaiblir, les régimes se renforcent mutuellement: en défendant les droits de l'homme ou la liberté de commerce, un organe régional ou spécialisé applique également des normes et des principes que l'Organisation des Nations Unies cherche à promouvoir.<sup>2059</sup> L'article 103 ne fournit pas de réponse aux relations qu'entretiennent les régimes entre eux et il revient aux instances propres à chacun d'eux d'interpréter, de quelle manière elles envisagent leur positionnement au sein du système pris dans sa totalité et leur ouverture par rapport aux normes issues d'autres ordres

---

*Verts*, Case 294/83 du 23 avril 1986; *Affaire Factortame*, Case C-213/89, 19 juin 1990; *Affaires jointes C-6/90 et C-9/90 Francovich*, 29 novembre 1991; *Affaire Kreil*, Case C-285/98, 11 janvier 2000.

<sup>2057</sup> LAVRANOS, Nikolaos, «Joined Cases C-402/05P and C-415/05P, Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation vs. Council of the European Union and Commission of the European Communities...», p. 166. Voir aussi: SIMMA, Bruno, PULKOWSKI, Dirk, «Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law », *European Journal of International Law*, vol. 17, N°3, 2006, pp. 483-529; LAVRANOS, Nikolaos, «Judicial Review of UN Sanctions by the European Court of Justice», *Nordic Journal of International Law*, vol. 78, N° 3, 2009, p. 349.

<sup>2058</sup> Article 307§2 du *Traité établissant la Communauté Européenne*. Voir aussi *Opinion of Advocate General Poiares Maduro delivered on 16 January 2008*, Case C-402/05 P, Yassin Abdullah Kadi..., § 32, p. 13: « *As Members of the United Nations, the Member States, and particularly – in the context of the present case – those belonging to the Security Council, have to act in such a way as to prevent, as far as possible, the adoption of decisions by organs of the United Nations that are liable to enter into conflict with the core principles of the Community legal order. The Member States themselves, therefore, carry a responsibility to minimise the risk of conflicts between the Community legal order and international law.* »

<sup>2059</sup> Aucun système social ne peut vivre totalement isolé de son environnement: ceci est admis par les défenseurs d'une approche pluraliste. Voir notamment Niklas Luhmann, « (...) *all systems are to some extent interlinked by structural couplings.* », LUHMANN, Niklas, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1997, p. 170 et p. 776: « *Regimes do not live by themselves, each in its own area, but intersect and overlap with each other.* », TEUBNER, Gunther, FISCHER-LESCANO, Andreas, «Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law», *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, 2004, p. 999

juridiques. Les rapports entre les systèmes dépendent aussi en grande partie du contexte et des droits et obligations en cause.<sup>2060</sup> La position adoptée relève des idéologies juridiques et des agendas normatifs, chaque acteur ayant sa propre vision et interprétation de l'ordre juridique international et de ses relations avec les autres systèmes de droit.

#### ***D. L'indérogeabilité d'un instrument exceptionnel, la Charte des Nations Unies***

A la lumière de nos recherches et de l'analyse détaillée de l'article 103, tant au niveau théorique qu'au plan de ses applications pratiques, il peut être affirmé que ce dernier est une disposition conventionnelle, qui véhicule un type d'indérogeabilité spécifique, dont les effets se distinguent de ceux issus des autres sortes d'indérogeabilité qui ont été examinées jusque-là. L'article 103 constitue une disposition propre au droit d'une organisation et une technique juridique insérée dans un traité international, qui assure une priorité temporaire aux obligations découlant de la *Charte des Nations Unies* sur tout autre accord international qui est, ou entre subséquemment, en conflit avec ces dernières. Le champ d'application de la disposition est clairement circonscrit et ses effets sont limités, car ils n'engendrent pas la nullité des obligations incompatibles, mais leur mise à l'écart, et ceci, uniquement en présence d'un conflit. La primauté relative et momentanée est assurée pour toute obligation issue directement du texte de la Charte ou dérivée de celle-ci.<sup>2061</sup> Relativement aux décisions et résolutions contraignantes des organes, elles bénéficient de cette prévalence, uniquement, si elles sont prises conformément au droit international et au droit de la Charte. Cette indérogeabilité n'implique pas la création d'une hiérarchie normative, mais répond à un souci pragmatique de résolution de conflits entre des normes qui ne peuvent être appliquées simultanément.

L'article 103 n'est pas unique, d'autres conventions et traités insèrent des clauses similaires en leur sein ou prévoient des moyens d'empêcher et résoudre de telles situations conflictuelles.<sup>2062</sup>

---

<sup>2060</sup> Cette approche intermédiaire a été soutenue par l'Organe d'Appel de l'OMC dans l'affaire *Etats-Unis-Normes concernant l'essence nouvelles et anciennes formules*, WT/DS2/AB/R DSR, 1996 : I, 20 mai 1996, p. 17 : « [il ne faut pas lire les accords de l'OMC] en les isolant cliniquement du droit international public. » Voir aussi les affaires suivantes: *Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R DSR 1998 :1, 6 novembre 1998 § 158 et *Corée- Mesures affectant les marchés publics*, WT/DS163/R, 19 janvier 2000, § 7.96. Idem pour les organes de protection de droits de l'homme qui se réfèrent au droit international: *Affaires McElhinney vs. Irlande*, Requête N° 31253/96, arrêt du 21 novembre 2002, Cour européenne des droits de l'homme, § 36 ; *Al-Adsani vs. Royaume-Uni*, Requête N° 35763/97, arrêt du 21 novembre 2001, Cour européenne des droits de l'homme ; *Bankovic et autres vs. Belgique et seize autres Etats*, Requête N° 52207/99, décision sur la recevabilité du 12 décembre 2001, Cour européenne des droits de l'homme. La Cour a, à chaque reprise, souligné la nécessité d'interpréter la *CEDH* au regard du droit international et en harmonie avec les autres normes du droit international, sans pour autant établir de préséance.

<sup>2061</sup> Voir **partie IV. A. 2. b. i.**

<sup>2062</sup> Voir **notes de bas de page 116 et 1858.**

Cependant, l'article 103 se distingue d'une part, parce qu'il est inclus dans un instrument fondamental de l'ordre juridique international et d'autre part, en raison de sa formulation inédite: en effet, celui-ci ne fait pas de différence entre les accords conclus avant ou après l'entrée en vigueur de la Charte et s'applique de manière quasiment égale aux relations entre Etats parties et entre Etats parties et non-parties. Cet article révèle une volonté expresse des Etats de faire de la *Charte des Nations Unies* un instrument singulier et unique, doté d'une force normative, non pas supérieure, mais particulière.<sup>2063</sup>

La Charte est devenue un étalon de référence et le réceptacle des valeurs communes à la société internationale, sans pour autant être un critère de validité formelle des obligations internationales. Elle représente plus qu'un traité international ordinaire et, sans la travestir de l'habit de constitution de la communauté internationale, on peut affirmer qu'elle matérialise un « *projet politique, un programme ambitieux et global de coopération et le fondement d'un système visant la promotion de certains intérêts et objectifs* ». <sup>2064</sup> En apparence, la Charte est un accord international interétatique, mais son poids moral et diplomatique, ainsi que son universalité, consolident sa portée normative. Cette position privilégiée mène à accepter que l'interprétation de la Charte, en tant qu'instrument constitutif d'une entité légale autonome et dotée de la subjectivité juridique internationale, puisse se départir dans une certaine mesure des règles strictes d'interprétation des traités.<sup>2065</sup>

---

Par exemple: les clauses interdisant les dérogations ou accords dérogatoires: article 2 du *Protocole N° 13 à la CEDH relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances*; celles empêchant de conclure des accords postérieurs contraires ou incompatibles: article 8 du *Traité de l'Atlantique Nord*; ou celles qui autorisent expressément les traités postérieurs compatibles: article 73§2 de la *Convention de Vienne sur les relations consulaires*, article 311 § 3 de la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*; les dispositions limitant la possibilité pour les parties de modifier un traité par des accords *inter se*: article 20 de la *Convention de Berne révisée de 1979 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, article 19 de la *Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle de 1979*, article 47 de la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*; les clauses d'un traité postérieur abrogeant expressément un traité antérieur: article 311 § 1 de la *Convention sur le droit de la mer* et article 20 de la *Convention du BIT de 2000 relative à la protection de la maternité*; les clauses assurant la primauté de certaines règles: article 311 § 6 de la *Convention sur le droit de la mer* ou encore les dispositions d'une convention postérieure garantissant l'exécution intégrale d'une convention antérieure, par la soumission de la convention postérieure à son aînée; les clauses de compatibilité: article 53 au *Protocole Additionnel I aux Conventions de Genève*, article 73§1 de la *Convention de Vienne sur les relations consulaires*; une clause précisant que le traité est subordonné à un accord antérieur: Article 4 du *Fish Stocks Agreement de 1995*. Pour un inventaire détaillé, voir *Fragmentation du Droit International. Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, Rapport du Groupe d'Etude de la Commission du droit international, établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi,...*, §§ 267-323, pp. 146-180. Egalement, JENKS, Wilfred, «The Conflict of Law-Making Treaties»,...

<sup>2063</sup> «On the previous occasions when the Court has had to interpret the Charter of the United Nations, it has followed the principles and rules applicable in general to the interpretation of treaties, since it has recognized that the Charter is a multilateral treaty, albeit a treaty having certain special characteristics. », *Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, para. 2 de la Charte)*, Avis consultatif, CIJ, Recueil C.I.J. 1962, 20 juillet 1962, p. 157

<sup>2064</sup> DUPUY, Pierre-Marie, «The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited»,..., p. 33

<sup>2065</sup> «Contracts between private parties, and bilateral treaties should be constructed narrowly to reflect precisely the literal text and the intent of the negotiators at the time of their negotiation. (...) the constitutive instrument establishing the United Nations should be read broadly to advance, rather to encumber, its institutional ability to

Cette normativité renforcée est protégée par une indérogeabilité de circonstance véhiculée par l'article 103, qui se révèle, parallèlement à son rôle de règle de conflit, assumer une fonction d'imposition de valeurs et d'aspirations collectives. Employé à mal comme fondement juridique à des décisions prises par des juridictions et organes faisant face à des situations de pseudo-incompatibilité entre obligations internationales, l'article 103 se distingue davantage par sa fonction symbolique. Si l'on considère la *Charte des Nations Unies* comme un guide général de bonne conduite, « *an inspiration and a guidance to the great community, to the universal commonwealth of the world* »,<sup>2066</sup> qui doit être interprété au regard des évolutions et développements survenant sur la scène internationale, l'article 103 ne doit pas être réduit à une peau de chagrin. Il faut lui accorder le statut qui lui revient- un statut d'exception- tout en évitant de le transformer en une solution miraculeuse, pouvant répondre aux défis normatifs, notamment issus de l'expansion du droit international et du phénomène de fragmentation de ce dernier.

Dans ce contexte de fragmentation et de compétition entre les acteurs du système juridique international, cherchant à préserver leurs propres intérêts, il paraît quelque peu naïf de penser que le droit de la Charte va prévaloir en toutes circonstances, uniquement sur la base de l'article 103: l'article déploiera ses effets juridiques uniquement s'il favorise et promeut la réalisation des préoccupations et des priorités des acteurs. Ce constat explique les divergences dans les approches doctrinales, ainsi que dans la jurisprudence, relativement au champ d'application et aux conséquences produites par la disposition. La stratégie interprétative adoptée permet de comprendre pourquoi les instances font parfois référence à l'article 103, soit en de manière superficielle, soit comme fondement de leur décision, ou au contraire, évitent soigneusement de le mentionner.

La Charte est un instrument indérogeable, mais l'indérogeabilité s'est, au cours de ce chapitre, présentée sous une nouvelle forme: il s'agit d'une indérogeabilité conventionnelle, circonscrite dans son champ d'application et ses effets; une indérogeabilité de circonstance et d'opportunité. Cette conclusion confirme l'intuition de départ: l'indérogeabilité est un concept non-unitaire, qui remplit des fonctions diverses, dont certaines sont communes aux différents types d'indérogeabilité. Le chapitre suivant doit nécessairement être consacré à mettre en lumière les différences et les similitudes de l'indérogeabilité dans le cadre des domaines analysés, toujours

---

*accomplish the purposes for which it was created.*», FRANCK, Thomas, «Is the United Nations Charter a Constitution?», in FROWEIN, Jochen Abraham, SCHARIOH, Klaus, WINKELMANN, Ingo, WOLFRUM, Rüdiger (Eds.), *Verhandeln für Frieden= Negotiating for Peace: Liber Amicorum Tono Eitel*, Berlin, Springer, Max Planck Institute für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, N° 162, 2003, pp. 102-103.

<sup>2066</sup> MACDONALD, Ronald, «The Charter of the United Nations in Constitutional Perspective»,..., p. 230

dans la perspective d'appréhender les fonctions que celle-ci joue en droit international et d'éclaircir les contours de ce concept, qui se révèle, à nos yeux, comme de moins en moins énigmatique.

\*\*\*



## **V. Conclusion**

### ***A. Synthèse***

Ce travail est fondé sur le postulat selon lequel le concept d'indérogeabilité occupe une place fondamentale au sein de l'ordre juridique international. Toutefois, le concept n'a été jusqu'alors que superficiellement examiné en tant que phénomène juridique autonome. Ce constat peut être expliqué par les querelles persistantes au sujet de la définition et de la portée des normes indérogeables. L'indérogeabilité demeure en effet un terme vague, semblant dépourvu de tout contenu matériel identifiable. Aucun effort analytique n'a été réellement entrepris, afin de saisir la signification de l'indérogeabilité et comprendre les raisons sous-tendant sa présence et son emploi dans différents domaines et contextes. Au terme des recherches préliminaires, il est apparu que le concept recouvre divers phénomènes juridiques qui, *a priori*, ne partagent pas de caractéristiques communes: normes impératives de droit international général, droits de l'homme indérogeables, droit international humanitaire, comme un domaine indérogeable et l'article 103 de la *Charte des Nations Unies* en tant que vecteur d'indérogeabilité.

Il a paru judicieux, au lieu de tenter vainement de définir la notion de norme indérogeable et de déterminer son champ d'application exact dans les différents piliers étudiés, d'appréhender quelles sont les fonctions jouées par cette catégorie juridique particulière. Cette approche fonctionnelle permet de dépasser un débat doctrinal qui n'a pas permis de cerner les contours du concept. L'indérogeabilité mérite d'être l'objet d'un examen approfondi, car elle possède une importance pratique et exerce un impact non-négligeable sur la réalité juridique internationale. Certes, les effets qui résultent de l'application de la norme indérogeable ne sont pas automatiquement ceux qui sont originellement attendus, mais il est indéniable que des conséquences en découlent. En tentant d'exposer les diverses fonctions, l'objectif était d'identifier les effets concrets issus de l'indérogeabilité. Cette conclusion ne vise pas à répéter ce qui a déjà été énoncé, mais ambitionne de procéder à une synthèse et à un élargissement analytique, dans l'optique de démontrer que l'indérogeabilité, malgré les controverses et les incertitudes qui l'entourent, n'est pas un concept dépourvu de pertinence et qu'il est essentiel de le traiter d'une manière nouvelle, car:

« (...) à vouloir ranger la forme dans l'énoncé, la dresser en paradigme, on en perdrait le potentiel. »<sup>2067</sup>

---

<sup>2067</sup> JULLIEN, François, *Traité de l'efficacité*, Paris, Grasset, 1996, p. 221.

L'indérogeabilité est une notion polysémique et rien ne sert de l'emprisonner dans un carcan. Au contraire, il s'est avéré qu'observer la façon dont le concept est employé, interprété et appliqué selon le contexte et l'autorité qui en fait usage, se révèle être plus profitable à l'analyse. Nous essayerons dans cette première partie conclusive de mettre en exergue les caractéristiques fonctionnelles communes aux trois piliers et souligner la tendance générale à élargir la portée des normes indérogeables appartenant à ceux-ci. **(1. a. et b.)** L'indérogeabilité n'est pas uniquement une technique de droit, mais s'est également vue dotée d'une fonction symbolique essentielle au sein d'un ordre juridique fortement influencé par des considérations tant juridiques qu'axiologiques. **(1. c)** Ensuite, nous reprendrons un aspect qui fut hâtivement mentionné, à savoir, qu'il existe également en droit international privé, un certain nombre d'outils juridiques, qui visent à imposer des normes véhiculant certaines valeurs fortes et à éliminer celles qui sont perçues comme dangereuses pour la stabilité du système. Ce recours à l'ordre public, aux lois d'application nécessaire et aux lois de police, permettra de souligner les similitudes fonctionnelles avec le droit international public, si tant est que nous puissions en discerner. **(2. a. et b.)** Ces premières conclusions dévoileront l'intérêt et la pertinence de l'approche fonctionnelle. **(3)** La seconde section se devra, à la lumière de nos réflexions, de répondre aux diverses interrogations qui ont constitué le fil conducteur de la recherche: quelle est la signification de l'indérogeabilité en droit international ? S'agit-il d'un concept juridiquement efficace et, si tel est le cas, est-il nécessaire au bon fonctionnement du système international? Finalement, l'indérogeabilité peut-elle être perçue comme une notion unitaire et cohérente ou ne représente-t-elle qu'un terme recouvrant des phénomènes variés, ne présentant aucune similitude? **(Partie B)** L'hypothèse de base était la suivante: chaque domaine présentement étudié devait posséder sa propre catégorie de normes indérogeables. Néanmoins, le fait même que ces domaines incluent de telles normes doit impliquer que celles-ci assument et partagent des fonctions et des traits communs.

## 1. Parallèle entre les piliers

### a. Des fonctions communes?

Il peut être reproché à ce travail d'être constitué de trois piliers sélectionnés de manière aléatoire. L'introduction justifie le choix effectué par le fait qu'il s'agit de domaines du droit international, où l'indérogeabilité se manifeste de façon visible.<sup>2068</sup> *Jus cogens*, droits humains, droit des conflits armés et droit de la Charte: ces ensembles font écho aux notions de dérogations, de normes indérogeables, ainsi qu'à certaines expressions similaires qui ont été isolées dans le chapitre liminaire.<sup>2069</sup> Le *jus cogens* est défini par la prohibition de toute dérogation sous peine de nullité de l'acte juridique contraire; les droits de l'homme indérogeables sont soustraits à la compétence souveraine de l'Etat de suspendre certains droits et libertés, lorsqu'il fait face à une situation d'urgence; le droit humanitaire, en tant que *corpus* visant à la réglementation de circonstances exceptionnelles, les conflits armés, ne peut admettre de dérogations à ses règles et ses principes; le droit de la *Charte des Nations Unies*, instrument fondateur d'un ordre international nouveau, ne peut se voir écarté par d'autres règles imposant des obligations liant les Etats membres, qui seraient contraires à ses prescriptions. La signification du mot dérogation, tout comme les implications issues de l'interdiction de déroger, ne sont pas identiques et, le recours à ces termes n'est pas exclusivement dû au hasard.

Notre choix, qui n'a jamais été construit sur des spéculations infondées - celui-ci fut, en effet, basé sur des recherches préliminaires approfondies et sur une appréciation des applications pratiques des normes indérogeables - conforte, au terme de l'investigation et du cheminement intellectuel, notre pressentiment: l'indérogeabilité n'est pas un concept vide, uniquement employé par souci de commodité pour qualifier des phénomènes disparates. Il ressort distinctement que les normes indérogeables assument des fonctions que l'on retrouve dans chacun des piliers. Ces fonctions ne se manifestent pas de manière semblable, selon le domaine considéré et les circonstances dans lesquelles la norme est invoquée et mise en œuvre. Ces fonctions évoluent au gré des changements subis par l'ordre juridique international et par l'intermédiaire des interprétations offertes par les voix ayant autorité en droit international. Il a été maintes fois répété que le droit, en tant qu'institution devant remplir une mission de régulation des rapports sociaux, se doit de garder un certain degré d'adaptabilité et de fluidité, afin de pouvoir répondre efficacement aux exigences de la société. Certaines fonctions sont prévues par le créateur de la norme en vue de réaliser cette mission, alors que d'autres émergent ultérieurement. Il est ressorti que le phénomène

---

<sup>2068</sup> Voir *supra* **Partie I. B.**

<sup>2069</sup> Voir *supra* **Chapitre I. A. 4. c.**

d'indérogeabilité assume plusieurs rôles, tant juridiques qu'extra-juridiques, et remplit au final des fonctions que le législateur international n'avait assurément pas initialement envisagées.

L'indérogeabilité se présente en premier lieu comme une technique, un outil du droit international, qui implique une certaine idée de hiérarchisation et parfois même, de constitutionnalisation du système. Bien qu'il existe un ensemble de normes soustrait au libre consentement des sujets de droits et qui, par conséquent, serait pourvu d'une normativité renforcée, toute intention de structurer l'ordre juridique international sur le modèle pyramidal des systèmes nationaux, se heurte à un obstacle insurmontable, à savoir que le droit international est bâti sur des fondements spécifiques bien différents de ceux des ordres internes. L'acharnement des internationalistes de vouloir transformer le droit international pour en faire un droit plus « évolué, moins primitif », ne correspond pas à la réalité et aux besoins de la « communauté » internationale. Il est indéniable que les relations internationales évoluent et se complexifient et le droit international doit réagir et gérer ces bouleversements structurels et institutionnels. Ceci a mené à l'apparition de nouveaux instruments pour y faire face. Selon certains, ils auraient introduit une verticalisation de l'ordre international et établi une hiérarchie entre les normes. Pourtant, en l'absence de pouvoirs centralisés et au vu de l'anarchie persistante au sein de l'arène internationale, il semble difficile d'imposer cette hiérarchisation formelle.

L'indérogeabilité apparaît alors davantage comme un mécanisme d'aménagement et de rationalisation du système. Elle permet d'octroyer à ce dernier une plus grande prévisibilité et de lui assurer plus de cohérence. En admettant que certaines règles ne doivent pas être soumises aux dérogations et en les dotant d'un régime juridique renforcé, tout du moins particulier, cet outil, que constitue l'indérogeabilité, crée un sentiment de sécurité juridique quasi inconnu, le droit international ayant été conçu comme un droit consensuel et, conséquemment, sujet, aux aléas de la volonté étatique. De plus, il a été mis en lumière que toute violation à l'interdiction de dérogation peut engendrer des conséquences spécifiques et un régime de responsabilité - responsabilité internationale de l'Etat et/ou responsabilité internationale pénale de l'individu - aggravée. L'indérogeabilité agit alors également comme un dispositif de dissuasion et/ou de punition, qui contribue à la préservation de l'intégrité de l'ordre international et de ses piliers, par un renforcement des sanctions en cas d'infraction à certaines de ses règles.

Les normes, qui ne sont pas l'objet de dérogations, facilitent également la résolution des conflits juridiques. Elles sont un moyen qui fut inventé pour combler l'absence de juridiction obligatoire

trait qui caractérise le système de droit international. Ces normes doivent primer en cas d'incompatibilité avec d'autres normes, droits, principes ou obligations. L'hypothèse d'une hiérarchisation normative formelle devant être rejetée, la conclusion suivante s'est imposée: l'indérogeabilité d'une norme fournit une solution ponctuelle en cas de conflit réel, solution qui variera selon les circonstances de l'espèce. L'indérogeabilité occasionne une sorte de primauté relative, temporaire et contingente qui se doit, en outre, de respecter les conditions d'application de la norme. Cette préséance limitée sert également à défendre l'ordre international, par l'imposition de certaines normes, qui sont considérées comme essentielles à sa survie. L'indérogeabilité est souvent manipulée et employée pour contrer le phénomène contemporain de fragmentation du droit international, censé menacer les fondements et l'unité de ce dernier. Sans vouloir revenir sur la problématique de la fragmentation, qui ne met aucunement en péril le système, mais qui, au contraire, représente une évolution normale inhérente à tout ordre juridique qui se complexifie, l'indérogeabilité est communément interprétée de manière à faire prévaloir certaines normes de façon absolue, sans prendre en compte l'environnement juridique global contemporain. Ces raisonnements ne résistent malheureusement pas à la confrontation avec la réalité pratique et sont, le plus souvent, justifiés par des arguments peu fondés sur le plan juridique et sous-tendus par des stratégies visant la réalisation d'objectifs prédéterminés. Avec la multiplication des pôles de création et de mise en œuvre du droit, de plus en plus de conflits juridiques apparaissent; toutefois, le mécanisme qui est présentement examiné, ne doit pas servir de solution miracle et se doit d'être invoqué dans les occurrences pertinentes.

Il fut surprenant de découvrir que le concept d'indérogeabilité, au-delà de ses fonctions juridiques et techniques, implique une forte dimension symbolique. Il est un vecteur des valeurs et de *policies*, qui dominent l'arène internationale ou qui sont perçues comme telles. Cette observation explique pourquoi tant de normes ayant trait à la protection de la personne humaine et de sa dignité entre dans la catégorie des normes indérogeables: l'individu est désormais au centre du développement du droit international. D'autres préoccupations sont devenues essentielles, la protection de l'environnement par exemple, et il semble quasiment certain que d'autres normes vont se voir être revêtues de l'auréole de l'indérogeabilité, soit par leur intégration dans le groupe fermé du *jus cogens*, soit par interdiction conventionnelle d'y déroger. Cette fonction axiologique qui est attribuée à l'indérogeabilité peut déplaire à certains juristes, qui refusent que les considérations non-juridiques, marqués du sceau de la contingence, de la subjectivité et de la variabilité temporelle et culturelle, viennent contaminer la "pureté" du droit, sous risque d'érosion de leur champ scientifique. Pourtant, certaines écoles de pensée aussi différentes que la *New*

*Heaven School* ou l'approche jus naturaliste ont admis que le droit se doit de refléter les valeurs dominantes et constituer un outil pour les réaliser et les préserver.<sup>2070</sup> Tout ordre juridique, y compris le droit international, repose sur un système axiologique, composé de valeurs, principes et standards partagés. Il est frappant de constater que la majorité des conflits qui se produisent sur la scène internationale ne se situent pas entre des obligations juridiques. Il s'agit en effet le plus souvent de désaccords relatifs à certaines valeurs.

Si un nombre limité de normes sont munies d'une normativité particulière, qui leur permettent de s'imposer dans certains cas et de primer sur le consentement de l'Etat à être juridiquement lié, ce processus s'opère grâce au poids moral et à l'importance symbolique de ces dernières. Certes, une norme indérogeable est une remise en cause, parfois même une exception au paradigme classique basé sur le postulat volontariste, le principe d'égalité normative et la liberté quasi-totale de l'Etat souverain, mais ce caractère est le corollaire du fait que le droit est le reflet de valeurs qui circulent au sein du corps social et qui permettent à certains phénomènes d'acquérir une force normative ou de renforcer celle-ci. L'indérogeabilité participe davantage à la mise en place d'une gradation matérielle, qu'à la création d'une véritable hiérarchisation du droit international. La force de la règle ne dépend plus seulement de sa source formelle, mais également des considérations diverses, juridiques ou non, qui la sous-tendent : quelle valeur protège la norme, à quel besoin répond-t-elle, qui vise-t-elle, possède-t-elle un support issu de la communauté internationale, de la société civile, de la profession ? Voilà les facteurs qui importent désormais, et qui tendent à expliquer le sentiment d'obligation juridique qui naît chez les sujets, parallèlement aux critères traditionnellement admis.

Les normes indérogeables exercent aussi une fonction d'exception ou de dérogation à certains principes de droit international. Plusieurs *corpus* juridiques, droit des traités, droit de la responsabilité internationale de l'Etat et de la responsabilité pénale de l'individu, sont soumis à des infléchissements causés par la nature des normes indérogeables. Elles exercent de plus une influence sur la liberté législative des Etats et contraignent grandement la possibilité qui leur est traditionnellement faite en droit international, en tant que système autonormé, de se lier et se délier de leurs obligations. Cette nature exceptionnelle apporte une nouvelle preuve de l'importance de l'indérogeabilité et des similitudes existantes entre ses normes.

---

<sup>2070</sup> Cf *supra* note de bas de page 37.

*Jus cogens*, droits de l'homme, droit des conflits armés et droit de la Charte : au-delà des différences entre chacun des piliers, relativement à leur objet, leur contenu, leur champ d'application et aux conséquences issues de l'indérogeabilité de leurs normes, il ressort que les trois, ou quatre, domaines étudiés, contiennent une indérogeabilité qui partage des fonctions communes. Cette similitude fonctionnelle, malgré les divergences selon les circonstances de l'espèce et l'autorité qui se prononce, permet d'affirmer que les normes indérogeables constituent un phénomène partiellement unitaire et cohérent. L'indérogeabilité est un concept qui poursuit certains objectifs, qui exigent que les normes indérogeables exercent certaines fonctions et produisent certains effets, prévus ou résultant de la mise en œuvre concrète de la norme, qui sont discernables dans les ensembles juridiques examinés.

### **b. Une tendance générale à un élargissement de la portée fonctionnelle de l'indérogeabilité**

Une autre tendance, qui a été identifiée au cours de l'analyse est relative à la volonté des communautés interprétatives, ou épistémiques, d'élargir la portée et la définition des normes indérogeables qui appartiennent au régime qu'elles représentent.<sup>2071</sup> Comme s'il était essentiel de consolider la teneur et la consistance juridique de l'indérogeabilité par une extension quasi-infinie de ses effets. Par l'entremise de stratégies interprétatives, ces communautés tentent de manipuler le concept d'indérogeabilité, afin de lui faire exercer des fonctions qui dépassent sa vocation initiale. Ce travail a abordé la question de la métamorphose du droit international, ou tout du moins, des changements subis par le système, qui n'est plus un ensemble monolithique caractérisé par l'unité. Le droit international est désormais composé d'une multitude de sous-régimes, qui possèdent leur propre *éthos* et des intérêts spécifiques à défendre. L'indérogeabilité n'échappe pas au phénomène: chaque forum, chaque autorité, chaque communauté va donner sa lecture du concept et l'adapter aux objectifs convoités. Ces visées répondent à certaines finalités précises: les droits-de-l'hommes vont favoriser une lecture extensive de la question des droits indérogeables;<sup>2072</sup> les

---

<sup>2071</sup> « *Interpretive communities are made up of those who share interpretive strategies not for reading (in the conventional sense) but for writing texts, for constituting their properties and assigning their intentions. In other words, these strategies exist prior to the act of reading and therefore determine the shape of what is read.* », FISH, Stanley, « Interpreting the Variorum », in FISH, Stanley, *Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretive Communities*, Cambridge and London, Harvard University Press, 1980, p. 171. La notion de communauté épistémique fut introduite par John Ruggie dans le vocabulaire des relations internationales. Il les définit comme suit: « *Epistemic communities may be said to consist of interrelated roles which grow up around an episteme; they delimit, for their members, the proper construction of social reality.* » Par *episteme* qui fut un terme développé par Michel Foucault, Ruggie entend « *a dominant way of looking at social reality, a set of shared symbols and references, mutual expectations and a mutual predictability of intention.* » Voir, RUGGIE, John, Gerard, « International Responses to Technology: Concepts and Trends », *International Organization*, vol. 29, 1975, pp. 569-570

<sup>2072</sup> Par l'inclusion de toujours plus de droits de l'homme indérogeables, en addition des listes existantes dans les conventions en la matière, ainsi que par des interprétations des plus restrictives du droit des Etats à déroger à leurs obligations issues de ces dernières. Voir: Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Advisory Opinion OC-8/87*,

défenseurs du *jus cogens* tenteront de lui donner une portée dépassant la définition incluse à l'article 53 la *Convention de Vienne sur le droit des traités*;<sup>2073</sup> finalement, les acteurs profondément attachés au droit onusien et à la structure établie en 1945, affirment que la Charte est un instrument assimilable à une constitution.<sup>2074</sup> La réalité pratique et opérationnelle est toute autre. Ces catégories sont encadrées par des conditions strictes de mise en œuvre et leur indérogeabilité s'arrête devant certains obstacles.<sup>2075</sup>

La norme indérogeable devient alors un signe, un symbole, à savoir qu'elle constitue un élément du langage qui désigne quelque chose pour quelqu'un, ce qui implique que sa signification peut varier selon l'autorité qui se prononce.<sup>2076</sup>

« Du moment où on admet que celle-ci [la normativité juridique internationale] n'a pas une essence qui lui assure sa signification normative et que tout est affaire de construction, on comprend à quel point les stratégies cognitives sont cruciales. »<sup>2077</sup>

Ces tentatives d'élargissement semblent justifiables, car chaque régime peut prétendre à la défense et à la préservation de ses principes et ses valeurs. La fragmentation de l'ordre juridique international a mené à une remise en cause de la stabilité et de la permanence présumées du système. La force normative d'une règle de droit change selon le contexte et les interprétations relatives à une même norme peuvent entrer en conflit les unes avec les autres.<sup>2078</sup> Ces

---

*Habeas Corpus in Emergency Situations, articles 27(2), 25(1) and 7(6) of the American Convention on human rights, requested by the Inter-American Commission on Human Rights, 30 January 1987, § 35; Advisory Opinion OC-9/87, Judicial Guarantees in States of Emergency, articles 27(2), 25 and 8 of the American Convention on human rights, requested by the Government of Uruguay, 6 October 1987, § 25; Comité des droits de l'homme, Observation générale n°29: Article 4 (Dérogations en période d'état d'urgence, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 août 2001, §§ 13-16*

<sup>2073</sup> « On ne voit pas pourquoi ce qui est intolérable pour un traité international, ne le serait pas pour tout autre acte, qui de plus, est hiérarchiquement inférieur aux traités. », SUY, Erik, *Rapport sur le Jus Cogens en droit international public*,..., p. 100.

<sup>2074</sup> Rappelons que rien dans les travaux préparatoires de la *Charte des Nations Unies* ne tend à confirmer les tentatives d'extension de la portée et des effets de l'article 103. Le Comité de rédaction IV/2 n'avait envisagé la suprématie de la Charte que sous l'angle des traités internationaux et refusa la proposition de subordonner tout engagement, y compris ceux relevant du droit coutumier, à la primauté de la Charte.

<sup>2075</sup> La jurisprudence prouve que la portée exacte des effets du *jus cogens* au-delà du cadre conventionnel ne fait pas encore l'unanimité, voir notamment les affaires traitant de la question des immunités lors de violations présumées de normes de *jus cogens*. *Bouzari v. Islamic Republic of Iran*, Ontario Supreme Court of Justice 1 mai 2002 ; *Jones v. Saudi Arabia*, House of Lords, 14 juin 2006; *Al-Adsani v. United Kingdom*, Requête 35763/97, Cour européenne des droits de l'homme arrêt du 21 novembre 2001. De même, les listes des droits de l'homme indérogeables varient selon l'instrument, la région et l'époque considérés et il existe des divergences sur quels droits entrent dans cette catégorie. L'article 103 n'assure pas une primauté hégémonique aux obligations issues de la Charte. Un consensus général existe uniquement sur le fait que le caractère supérieur de la Charte s'efface au moins en cas de confrontation avec une norme de *jus cogens*.

<sup>2076</sup> Voir PEIRCE, Charles S., *Collected Papers*, vol. II, Harvard University Press, Cambridge, 1932, p. 227

<sup>2077</sup> Merci à Fouad Zarbiev pour nos échanges instructifs. Cette citation est issue d'un texte non publié, qu'il m'a fait parvenir.

<sup>2078</sup> Une communauté interprétative en droit international est composée d'acteurs qui, « parlent le même langage [et] partagent les mêmes valeurs », dont les « [leurs] intérêts sont fondamentalement identiques: il s'agit toujours de préserver le monopole qu'ils détiennent sur l'interprétation légitime et ils sont appelés à cet effet à se prêter un appui

confrontations expliquent les raisons de la difficulté à s'accorder sur une définition précise du contenu matériel des normes indérogeables et de leur champ d'application exact. Le chapitre consacré à l'article 103 de la *Charte des Nations Unies* a montré, que la position traditionnelle de soumission au droit onusien est aujourd'hui attaquée par certaines instances, qui désirent imposer leurs principes et leurs règles. De même relativement au *jus cogens*, les immunités commencent timidement à « lâcher du terrain », quand leur maintien apparaît comme incompatible avec la protection d'un droit de l'homme appartenant à la catégorie des normes impératives.<sup>2079</sup>

Cependant, ces velléités impérialistes reposent parfois sur des raisonnements juridiques fantaisistes, qui permettent de contourner un problème fondamental, mentionné ci-dessus: les normes indérogeables ont un champ d'application défini et des conditions de mises en œuvre précises. Toute extension de leur portée, qui ne serait pas basée sur des arguments solides, risque, à terme, de miner la légitimité et l'efficacité de cette catégorie juridique. Les normes indérogeables doivent être dotées d'une efficacité pratique et ainsi, contraindre les Etats à reconnaître qu'ils ne sont plus ces créatures dotées d'une souveraineté absolue et d'une liberté illimitée. L'indérogeabilité est un mécanisme qui se veut être le véhicule de valeurs et de *policies* qui sont considérées comme si fondamentales, qu'elles parviennent à bousculer le schéma basé sur le consentement des Etats et leur droit à l'auto-préservation. La mise en œuvre de ce mécanisme ne doit pourtant pas s'effectuer au détriment du respect du droit et de ses principes de base.

### **c. L'indérogeabilité entre la technique juridique et la fonction symbolique**

Ce travail, même s'il est, avant tout, le fait d'une juriste, dépasse le cadre étroit de la science juridique, telle qu'elle a été conçue depuis des siècles. En effet, pendant longtemps, la pensée fut dominée par certaines présuppositions, qui assumèrent que le droit devait être étudié indépendamment de la collectivité qu'il régule.<sup>2080</sup> Comme souligné ci-dessus, cette thèse privilégie une approche qui prend en considération des facteurs extra-juridiques et les valeurs dans le processus de création et d'application des règles de droit. Les tendances qui veulent isoler le droit et en faire un domaine imperméable à toute influence extérieure doivent être réfutées. Les

---

*mutuel.* », CHEVALLIER, Jacques, « Les interprètes du droit », in AMSELEK, Paul, *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 120

<sup>2079</sup> Même si le récent arrêt de la Cour internationale de Justice en l'affaire *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, Allemagne v. Italie (Grèce intervenant), arrêt du 3 février 2012, CIJ, Recueil 2012 ne vient pas confirmer la primauté du *jus cogens* sur le droit des immunités.

<sup>2080</sup> Sur la manière dont Hans Kelsen envisageait les relations entre droit et société: «[Law] is an absolute and autonomous entity independent in space and time, not related in any particular way to the nature of society, in which it exists. Legal institutions have been studied in almost complete abstraction from the rest of the social system of which they are part. », TIMASHEFF, Nicholas S., *An Introduction to the Sociology of Law*, 2002, New Brunswick, Transaction Publishers, p. 467. Voir, KELSEN, Hans, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Harvard University Press, 1945.

catégories ici étudiées sont sous-tendues par de forts courants axiologiques, qui viennent renforcer leur puissance normative. Si les normes indérogeables s'imposent en tant que propositions juridiques dotées d'une normativité particulière, c'est aussi parce qu'elles introduisent certaines valeurs en droit international.

Indéniablement, l'indérogeabilité remplit une mission purement juridique, à savoir sa fonction de résolution de conflits normatifs. Le conflit peut se situer entre deux règles de droits, deux obligations juridiques incompatibles, mais il oppose aussi fréquemment des valeurs. Dans ce cas, il revient à l'instance saisie d'entreprendre une pesée des intérêts et des *policies* en présence pour évaluer, si cela se révèle être nécessaire, lesquels doivent être dotés de la priorité dans les circonstances de l'espèce.<sup>2081</sup> L'autorité qui se prononce exprimera alors un jugement de valeurs, où considérations juridiques et non-juridiques seront mêlées. Cet exercice peut être perçu comme subjectif et quasi-discrétionnaire. Toutefois, il relève de la fonction du juge ou de l'arbitre de trouver des arguments juridiques et de les interpréter de telle façon, qu'ils puissent servir de fondement solide à des raisonnements axiologiques informels. Le processus juridique n'est pas une simple application des règles de droit à une situation, mais un exercice bien plus complexe qui implique une mise en balance d'objectifs qui peuvent sembler antagonistes à première vue.

Le concept d'indérogeabilité peut être défini comme une technique juridique introduite en droit international, afin de véhiculer des valeurs, des intérêts et des *policies*, qui ont été estimés comme devant être protégés par un régime juridique spécial, voire exceptionnel. L'indérogeabilité est une médaille à double face et il serait absurde, sous prétexte de préserver la scientificité du domaine juridique, de nier sa dimension axiologique. Pour soutenir cette conclusion, il sera fait recours au droit international privé, qui lui aussi, est muni de certains instruments d'imposition et d'exclusion de normes et de valeurs. La partie suivante a pour objectif de mettre en exergue les similitudes fonctionnelles existantes entre l'indérogeabilité, telle qu'elle apparaît en droit international public, et les mécanismes d'ordre public, de lois d'application nécessaire et de lois de police, institutions bien connues des privatistes.

---

<sup>2081</sup> «The point is that such choice among competing values is in principle a choice that must be itself made or justified on grounds of the values of the community and not those of an individual or an individual government.», SCHACHTER, Oscar, «Place of Policy in International Law», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 2, 1972, p. 13

## 2. Comparaison avec le droit international privé: des mécanismes proches de l'indérogeabilité

Cette section n'envisage pas de procéder à un examen approfondi du droit international privé, mais tentera de mettre en évidence les points communs existants entre certaines techniques de droit privé et le concept d'indérogeabilité, tel qu'il a été examiné. Cependant, un bref survol des notions d'ordre public, de lois d'application nécessaire et de lois de police, paraît nécessaire (a), avant de pouvoir conclure par une comparaison fonctionnelle entre ces dernières et les normes indérogeables (b). De ce constat, nous pourrions apprécier que l'indérogeabilité n'est pas un phénomène juridique unique. Elle se retrouve dans de nombreux domaines et partagent des fonctions qui se recoupent dans chacun d'entre eux. La présente thèse a révélé le manque de précision et de réflexion analytique concernant le concept d'indérogeabilité. Le droit international privé est également marqué par une certaine absence de rigueur concernant l'étude de l'ordre public, des lois de police et des lois d'application immédiate ou nécessaire. Il règne une confusion due au fait que plusieurs concepts juridiques sont désignés par des termes, dont le sens réel demeure inexpliqué.

*« Le mot importe ici bien moins que la réalité signifiée, qui elle aurait des conséquences de première importance sur la conception que l'on se fait actuellement de la méthode du droit international privé. »<sup>2082</sup>*

### a. Aperçu général

Le droit international privé constitue un *corpus* juridique qui vise à résoudre des questions de droit par application de la méthode conflictuelle. Il s'agit de déterminer, en employant une règle de conflit, la loi qui présente les liens les plus étroits et objectivement les plus significatifs, avec la situation juridique donnée.<sup>2083</sup> Ce domaine du droit délimite donc le domaine d'application des lois et des compétences. Le règle de conflit ne préjuge en rien du contenu matériel des lois qui s'opposent, mais doit s'appliquer de manière abstraite, mécanique et neutre et ainsi, réaliser les objectifs de sécurité, de prévisibilité juridique et de justice internationale, nécessaires pour créer une harmonie au niveau des solutions atteintes et faciliter la coopération. En effet, la méthode conflictuelle classique qui prévaut en droit international privé est fondée sur le postulat d'égalité entre la loi du for et la loi étrangère concurrente; peu importe la teneur ou le but des lois.<sup>2084</sup>

---

<sup>2082</sup> FRANCESKAKIS, Phocion, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », *Revue Critique de droit international privé*, Tome 55, N°1, 1966, p. 2.

<sup>2083</sup> AUDOLANT, Auriane, « Les lois de police en droit international privé: une force super-impérative ? », in THIEBERGE, Catherine et al., *La Force normative: la naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2009, p. 309.

<sup>2084</sup> MAYER, Pierre, HEUZE, Vincent, *Droit International Privé*, 9<sup>ème</sup> Edition, Paris, Montchrestien, 2007, p. 88.

*« Bilateralism since Savigny presupposes from the different members of the international order a community based on similar norms and values for the regulation of specified legal relationships. Given this community of legal responses, states accept the application of foreign law and thereby to subordinate the application of their domestic laws. »*

Néanmoins, quelques techniques ont pour but de préserver l'ordre juridique du for et faire prévaloir les intérêts de celui-ci sur la réalisation de toute autre visée. Il existe dans tout système juridique des lois, dont l'application est commandée par la présence d'intérêts supérieurs et ne peuvent, de ce fait, être écartées par la loi étrangère. Elles sont indérogeables. Elles étendent ainsi la compétence d'un ordre juridique donné, en écartant la règle de conflit normalement applicable et dérogent au raisonnement classique d'essence bilatérale.

« ...car il y a plusieurs espèces de lois dont la nature spéciale n'admet pas cette indépendance de la communauté de droit entre différents Etats. En présence de ces lois, le juge doit appliquer exclusivement le droit national, lors même que notre principe demanderait l'application du droit étranger. »<sup>2085</sup>

Ces outils n'imposent pas de solution unique, mais leur application, tout comme l'indérogeabilité, dépend en grande partie des circonstances spécifiques, de l'autorité qui se prononce et de l'interprétation qui en résulte. Ils impliquent une contingence et une variabilité, qui s'opposent une nouvelle fois à la prétendue stabilité du droit. Normes indérogeables, ordre public ou *public policy*,<sup>2086</sup> lois de police et lois d'application nécessaire partagent des points communs et des similitudes fonctionnelles, en tant que catégories normatives spéciales, parfois perçues comme un groupe de super-normes pourvues de super-fonctions. L'exception d'ordre public, les lois de police et les lois d'application nécessaire instillent en droit une idée de normativité graduée, ce qui les rapproche encore du concept d'indérogeabilité. Il semble pourtant que le droit international privé présente une plus grande efficacité juridique, du fait de la présence d'instances juridictionnelles dotées d'une compétence obligatoire.

Ces techniques de droit international privé doivent maintenir leur caractère d'exception et rester numériquement limitées. Comme pour les normes non-sujettes aux dérogations en droit international public, de nombreux abus et tentatives de manipulation interprétatives se produisent : d'une part, en raison du manque de critères d'identification matérielle des trois notions qui sont examinées et d'autre part, du fait qu'elles impliquent des considérations axiologiques. Il s'agit de méthodes d'imposition et d'exclusion de normes et de valeurs, qui permettent à l'Etat du for de faire prévaloir sa propre conception du droit au détriment des principes traditionnels, afin de protéger l'ordre interne contre toute atteinte grave à ses fondements et à ses intérêts essentiels. Il

---

GUEDJ, Thomas G., « The Theory of the Lois de Police. A Functional Trend in Continental Private International Law- A Comparative Analysis with Modern American Theories », *American Journal of International Law*, vol. 39, N° 4, 1991, p. 676.

<sup>2085</sup> SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Traité de droit romain*, traduit de l'Allemand par Ch. Guenoux, tome VIII, Paris, Panthéon-Assas Editions, L.G.D.J., 2002, p. 34. Savigny considérait ces lois comme des anomalies du système, qui avaient vocation à disparaître avec le développement du droit international devant mener à une plus grande cohérence et unité entre les Nations.

<sup>2086</sup> Nous n'entrerons pas dans la controverse distinguant l'ordre public du *public policy*.

revient au juge de déterminer si la loi étrangère menace le système du for. De là, l'introduction d'une dose de subjectivisme et de relativisme, car tout est fonction de l'appréciation de la situation et des valeurs impliquées.

### **b. Exception d'ordre public, lois d'application nécessaire et lois de police**

L'ordre public, qui a déjà été rencontré dans le chapitre relatif au *jus cogens*, est une notion qui recouvre plusieurs réalités: ordre public national,<sup>2087</sup> communautaire, mondial ou ordre public international. En droit international privé, l'ordre public international occupe une position unique en tant qu'ensemble de préceptes moraux et juridiques reflétant les valeurs fondamentales d'un système juridique donné. L'exception d'ordre public peut être définie comme:

*« Mécanisme correcteur qui permet d'évincer la loi étrangère normalement applicable lorsque celle-ci se révèle être choquante au regard des conceptions du for. En conséquence, ce mécanisme intervient nécessairement après l'application de la règle de conflits de lois pour tempérer la neutralité de la règle de conflit de lois bilatérales. »*<sup>2088</sup>

L'exception d'ordre public a pour effet de faire échec à l'application d'une loi étrangère ou d'un jugement rendu par une instance étrangère, dont les effets s'opposeraient aux conceptions et principes-piliers de l'Etat du for. Méthode de résolution des conflits privilégiant la préservation de la cohérence de l'ordre interne, l'ordre public agit comme une exception ou une réserve « *against obnoxious, barbaric, burdensome or unjust laws or judgment* ». <sup>2089</sup> L'ordre public, tel que conçu en droit international privé, est une réalité changeante, dont le contenu matériel n'est pas défini de façon stable. Celui-ci varie selon l'ordre juridique, l'époque et l'autorité saisie.<sup>2090</sup> Il est accepté

---

<sup>2087</sup> Assimilable à un *jus cogens* national, qui regroupe des normes indérogables par accord entre les parties privées. Ces normes renversent la logique traditionnelle basée sur la liberté contractuelle. Voir l'article 6 du Code civil français : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.* »

<sup>2088</sup> Définition donnée par le site <http://www.juriste-en-herbe.com/droit-international-prive-i/124-ordre-public-et-lois-de-police>, consulté le 11 décembre 2009.

<sup>2089</sup> MURPHY, Kent, « The Traditional View of Public Policy and Ordre Public in Private International Law », *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 11, 1981, pp. 603. Il continue: « *Public policy is a normative feature of legal systems. It is a necessary exception in unusual conflicts cases where the court perceives dangerous intrusion or morally repugnant law, injustice in special circumstances, or facts so closely tied to the forum that the court is compelled to apply local law.* », p. 613.

« *Un recours à la clause de l'ordre public, figurant à l'article 27, point 1, de la convention, [Convention de Rome I] n'est concevable que dans l'hypothèse où la reconnaissance ou l'exécution de la décision rendue dans un autre État contractant heurterait de manière inacceptable l'ordre juridique de l'État requis, en tant qu'elle porterait atteinte à un principe fondamental. Afin de respecter la prohibition de la révision au fond de la décision étrangère, l'atteinte devrait constituer une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'État requis ou d'un droit reconnu comme fondamental dans cet ordre juridique.* », *Krombach v. André Bamberski*, Cour de justice des communautés européennes, Affaire C-7/98, Arrêt du 28 mars 2000, § 37.

<sup>2090</sup> WENGLER, Wilhelm, « The General Principles of Private International Law », *RCADI*, vol. 104, 1961, p. 432: « *The ordre public clause eliminates the application of foreign law rule not because of every deviation form the corresponding rule in the lex fori, but only if the difference in content of the foreign law rule from the rules of the lex fori is felt to be too great. It is left to the discretion of the courts of the forum to determine the quantum of unbearable divergence, such discretion being limited by precedents and by the rule of stare decisis and possibly, by legislative provisions.* »

que l'ordre public recouvre les principes, quelque peu flous, de justice universelle et les principes qui constituent les bases d'une société donnée.<sup>2091</sup> Chaque ordre public a son propre champ d'application et d'opération au sein de son système. Au vu de cette contingence, il incombe au juge ou à l'arbitre d'apprécier les contours de son ordre public. Il est, au cours de cet exercice, tenu par le principe d'actualité de l'ordre public.<sup>2092</sup>

« *Initial definitions of public policy focused on rejection of acts or causes of action held immoral or illegal, injurious to the interests of the public or productive of evil to the church and the community. Subsequent attempts to delineate the bounds of public policy were equally imprecise...it is now generally accepted that public policy is defined by the use of courts find for it.* »<sup>2093</sup>

Dénoté ordre public international, cet ordre possède en réalité une nature nationale, en tant que manifestation ultime de la souveraineté étatique et comme outil de défense des conceptions du for contre toute norme étrangère qui viendrait les heurter. Il sert à préserver l'intégrité de la nation, de son système juridique et de son domaine réservé de l'emprise des lois étrangères et « *à ce titre, il trace le seuil de tolérance de l'ordre juridique du for à l'égard des institutions qui lui sont substantiellement étrangères.* »<sup>2094</sup> Selon, Pierre Mayer et Vincent Heuze, l'exception d'ordre public remplit une triple fonction: éliminer les lois étrangères injustes et contraires au droit naturel, comme la privation d'une liberté fondamentale ou d'un droit de l'homme à un individu; garantir les fondements de la civilisation concernée, tels que reflétés dans certains grands principes, comme la laïcité ou la monogamie; et finalement, sauvegarder certaines politiques législatives, l'interdiction du divorce en France jusqu'en 1884 est souvent donnée en illustration de celles-ci.<sup>2095</sup>

Procédons à une légère précision. L'ordre public, tel que généralement compris et, notamment en lien avec *le jus cogens*, ne présume pas automatiquement l'existence d'un conflit juridique comme en droit international privé. Il est formé par un ensemble de normes obligatoires imposant une limitation majeure à l'autonomie de la volonté des parties, puisqu'elles ne sont pas sujettes aux dérogations par accord entre ces parties. Ici, l'ordre public interdit d'emblée tout acte juridique

---

<sup>2091</sup> Voir DOLINGER, Jacob, «World Public Policy: Real International Public Policy in the Conflict of Laws», *Texas International Law Journal*, vol. 17, 1982, p.168, pour plus de précisions. La Cour de cassation décrit l'ordre public international en ces termes: «...*principes de justice considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue.* », *Arrêt Lautour*, Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 25 mai 1948.

<sup>2092</sup> MAYER, Pierre, HEUZE, Vincent, *Droit International Privé*, 9<sup>ème</sup> Edition, Paris, Montchrestien, 2007, p. 150: « *...le juge doit tenir compte de l'ordre public dans son état actuel...le jugement qu'il va rendre ne doit ni heurter un sentiment collectif, ni aller à l'encontre d'une politique législative du for: ce sentiment et cette politique sont, bien entendu, ceux du moment où le jugement est rendu.* »

<sup>2093</sup> MURPHY, Kent, « The Traditional View of Public Policy and Ordre Public in Private International Law », ..., p. 592.

<sup>2094</sup> BUREAU, Dominique, WATT, Horatia Muir, *Droit International Privé*, Tome 2, Paris, Presses Universitaires de France, 2007, p. 463

<sup>2095</sup> MAYER, Pierre, HEUZE, Vincent, *Droit International Privé*, ..., 2007, p. 148

incompatible, par la menace de sanctionner l'acte contraire par la nullité. Cet ordre public véhicule également certaines valeurs et principes indispensables. Il peut être appréhendé par son contenu matériel qui, certes, reste découvert et exprimé par le juge ou l'instance de mise en œuvre. Le *jus cogens* international est censé faire partie d'un *world public order*, liant les acteurs de l'arène internationale et répondant aux besoins de la « communauté internationale dans son ensemble ». Désigné dans la littérature anglophone comme « *the international public policy* », il dépasse la somme des ordres publics internes.<sup>2096</sup> Nous sommes face à trois ordres publics: l'ordre public strictement national, l'ordre public international du droit international privé et un ordre public global ou mondial.

Au demeurant, ce qui lie les diverses conceptions de l'ordre public est, que la notion matérialise certaines valeurs qui fondent et guident tout système de droit, qu'elle représente les conceptions juridiques dominantes et les principes organisationnelles de la société, qu'elle définit les relations de celle-ci avec les autres ordres et tend à empêcher à ce qu'une règle ou une décision issue d'un autre forum ne produise des effets internes incompatibles avec les principes du système concerné.<sup>2097</sup> Aucun Etat n'est supposé être contraint de reconnaître des institutions juridiques qui seraient totalement étrangères à ses propres convictions, comme par exemple, les institutions de la peine de mort ou de l'esclavage.<sup>2098</sup>

Les lois de police furent définies par Savigny comme des « *lois rigoureusement obligatoires, qui évincent les lois étrangères parce que dictées par un motif moral, d'intérêt général ou qui revêtent un caractère politique, de police ou d'économie politique (...) par la même n'admettant pas cette liberté d'appréciation qui n'a pas égard aux limites des divers Etats.* »<sup>2099</sup> Une loi d'application

---

<sup>2096</sup> «*The third [world] public policy is the one that establishes universal principles, in various fields of international law and relations, to serve higher interests of the world community, the common interests of mankind, above and sometimes even contrary to the interests of individual nations.* », DOLINGER, Jacob, «World Public Policy: Real International Public Policy in the Conflict of Laws»,..., p. 172

<sup>2097</sup> RODRIGUEZ, Pineau, Elena, « *European Union International Ordre Public* », *Spanish Yearbook of International Law*, vol. III, 1993-1994, p. 44. Et: «*...ideal system of values which inspires the whole legal order.* »

<sup>2098</sup> SAVIGNY, Friedrich Karl von, *System des heutigen Römischen Recht*, vol. 8, Berlin, Veit, 1849, p.27. L'auteur ne fit jamais directement référence à l'ordre public, mais l'idée est la même. Il mentionna également les lois relatives à la polygamie ou à l'interdiction de l'appropriation de terres par des juifs.

<sup>2099</sup> SAVIGNY, Friedrich Karl von, *System des heutigen Römischen Recht*, ..., p. 7

Notion présente dans le *Code civil français* à son article 3: « *Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger.* »

Voir également l'affaire *Procédures pénales contre Jean-Claude Arblade et Arblade & Fils SARL et Bernard Leloup, Serge Leloup et Sofrage SARL*, Cour de justice des communautés européennes, affaires jointes C-369/96 et C-376/96, arrêt du 23 novembre 1999, § 30: « *En ce qui concerne la seconde question posée dans chacune des deux affaires concernant la qualification, en droit belge, des dispositions litigieuses de lois de police et de sûreté, il convient d'entendre cette expression comme visant des dispositions nationales dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'État membre concerné, au point d'en imposer le*

immédiate<sup>2100</sup> ou une loi de police est une règle d'origine interne appliquée à une situation internationale, indépendamment de sa désignation par une règle de conflit.<sup>2101</sup> L'idée d'intérêts, de valeurs ou de considérations qui doivent bénéficier d'une protection renforcée et d'un régime juridique distinct sous-tend la notion de loi d'application nécessaire et de loi de police.<sup>2102</sup> La loi en question est indispensable à la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'Etat et en raison de cette fondamentale, elle évince la règle de conflit et s'impose indépendamment du critère de rattachement.

*« Les lois d'application nécessaire peuvent de nos jours être considérées comme le phénomène le plus important de la limitation, pour des exigences d'ordre public, du fonctionnement des règles de droit international privé. »*<sup>2103</sup>

Ces lois doivent bénéficier d'une préséance sur la règle étrangère et éventuellement sur les dispositions issues de conventions internationales.<sup>2104</sup> Il leur est reconnu un domaine d'application spécifique, qui leur assure une efficacité maximale. Le juge du for est en conséquence contraint de les appliquer en cas de conflit, même si la méthode de résolution envisage une autre solution.<sup>2105</sup>

Lois de police et lois d'application immédiate symbolisent le poids de la souveraineté étatique, qui vient s'immiscer dans la logique de coordination des relations internationales privées. Néanmoins, aucun indice n'est donné pour déterminer en vertu de quel principe supérieur, une loi de police force son application, autre que le constat qu'elle vise la protection d'intérêts nationaux très

---

*respect à toute personne se trouvant sur le territoire national de cet État membre ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci. »*

<sup>2100</sup> Les notions de loi d'application immédiate et loi d'application nécessaire sont employées indistinctement.

<sup>2101</sup> AUDIT, Bernard, *Droit international privé*, 5<sup>ème</sup> Edition, Paris, Economica, 2006, p. 97

<sup>2102</sup> Des lois de police ont été identifiées dans les domaines suivants: le droit de la concurrence, les contrats créant des relations exemptes de tout élément réel susceptible de justifier l'application de la loi du lieu de la situation du bien, les contrats conclus avec des consommateurs, les contrats de travail, les réglementations sociales, les réglementations du commerce extérieur, les dispositions visant la protection de l'enfance en danger. Il s'agit de domaines où les relations entre parties privées peuvent avoir des incidences sur la collectivité. *« Ces intérêts reposent sur l'idée d'organisation-certes relativement vague- qui dénote que l'Etat auteur de la règle est trop profondément intéressé à la relation pour ne pas imprimer à celle-ci un traitement spécifique,.... »*, JACQUET, Jean-Michel, DELEBECQUE, Philippe, CORNELOUP, Sabine, *Droit du commerce international*, Paris, Dalloz, 2007, p. 218, § 386.

<sup>2103</sup> SPERDUTI, Giuseppe, *« Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public »*, *Revue critique de droit international privé*, Tome 66, N° 2, 1977, p. 270. Rappelons que *politia* signifie la cité, la République, l'Etat.

Et, voir la définition de la loi de police suivante: *« règle interne applicable au niveau international, quelque soit la loi désignée par la règle de conflit, au moins au regard de l'Etat dont elle est issue. »*, AUDOLANT, Auriane, *« Les lois de police en droit international privé : une force super-impérative ? »*,..., p. 311.

<sup>2104</sup> Sur la préséance sur les conventions internationales, voir l'*affaire Boll*, Pays-Bas v. Suède, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J. 1958, arrêt du 28 novembre 1958.

<sup>2105</sup> Au sujet de l'arrêt *Boll* de la CIJ, un commentateur énonça: *« ...The Swedish court applied the Swedish law on protective measures to take the child away from its Dutch guardian, relying on the public law nature of that law [the Swedish statute is in fact an example of loi de police, i.e. a rule of private law that must apply irrespective of the otherwise applicable law] and characterizing the law falling outside the scope of the choice-of-law rule in the convention. »*, PHILIP, Allan, *«General Course of Private International Law»*, *RCADI*, vol. 160, 1978, II, p. 64.

importants.<sup>2106</sup> « *L'imprécision du terme lui est congénitale.* »<sup>2107</sup> Il peut être raisonnablement affirmé que toute loi a pour objectif de sauvegarder l'organisation de l'Etat et la société qu'elle régule: ce qui distingue la loi de police est une question de degré, et non de nature juridique, ce qui rend complexe son identification. Il revient au juge de procéder à la qualification et d'entreprendre une pesée judicieuse des intérêts en jeu, afin de déterminer si telle ou telle loi possède un champ d'application nécessaire.

*« Il n'y va pas seulement des intérêts particuliers, ni même de l'intérêt commun, en tant que somme des intérêts particuliers, mais bien de l'ensemble de ces intérêts quand ils sont pris en charge par l'organisation étatique. »*<sup>2108</sup>

Certes, le législateur peut prévoir expressément le champ d'application d'une loi et lui donner un caractère de loi de police ou d'immédiateté. La loi 311-15 du Code civil français, relativement à la possession d'état en matière de filiation, en est une illustration.<sup>2109</sup> Le plus souvent, la loi est silencieuse et il incombe à l'instance qui se prononce de déduire la nature et la qualité de loi de police du contenu de celle-ci et voir si les critères d'impérativité sont bien réunis en l'espèce.<sup>2110</sup> Les lois de police sont en quelque sorte découvertes par l'autorité du for qui estime que telle ou telle situation internationale doit être traitée comme une situation interne, car le « *but poursuivi requiert impérativement l'application de la loi interne.* »<sup>2111</sup> L'article 9§3 du *Règlement de Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles* du 17 juin 2008, disposition qui aborde la question des lois de police étrangères, fournit quelques indices permettant de repérer ces dernières:

---

<sup>2106</sup> « *En définitive, les lois de police ne se découvrent pas par la mise en œuvre d'un critère synthétique et elles ne s'appliquent pas en fonction de critères généraux et prédéterminés.* », AUDIT, Bernard, *Droit international privé*,..., p. 102

<sup>2107</sup> FRANCESKAKIS, Phocion, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits de lois »,..., p. 6.

<sup>2108</sup> *Ibidem*, p. 19

<sup>2109</sup> Article 311-15 du Code civil, du conflit de lois en matière de filiation: « *Toutefois, si l'enfant et ses père et mère ou l'un d'eux ont en France leur résidence habituelle, commune ou séparée, la possession d'état produit toutes les conséquences qui en découlent selon la loi française, lors même que les autres éléments de la filiation auraient pu dépendre d'une loi étrangère.* »

<sup>2110</sup> « *Ce sont des dispositions considérées, dans l'ordre juridique dont elles émanent comme internationalement impératives en fonction de leur teneur et de leur but; et leur application dans un cas donné est fonction des rattachements de l'espèce.* », AUDIT, Bernard, *Droit international privé*,..., p. 102

Voir notamment l'affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs, ou affaire *Boll*, Pays-Bas v. Suède, Cour internationale de Justice, Recueil C.I.J. 1958, arrêt du 28 novembre 1958, dans laquelle la CIJ identifia une loi de police suédoise en matière de protection des mineurs : « *La loi suédoise ayant un but de garantie sociale a été présentée au nom du Gouvernement suédois comme une loi d'ordre public qui s'impose à ce titre à tous sur le territoire de la Suède. Les conséquences à tirer de ce caractère ont été longuement débattues devant la Cour. Il a été soutenu qu'une juste interprétation de la Convention de 1902 doit conduire à admettre que, portant unification entre les États contractants de certaines règles pour la solution de conflits de lois, cette Convention doit s'entendre comme comportant une réserve implicite autorisant à faire échec, pour motif d'ordre public, à l'application de la loi étrangère reconnue normalement compétente pour régir le rapport de droit considéré. On a invoqué qu'une telle exception est reconnue dans les systèmes de droit international privé des pays qui ont partiellement codifié entre eux cette branche du droit.* », p. 70.

<sup>2111</sup> PATAUT, Etienne, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions (Etude de droit international privé)*, Paris, L.G. D. J., 1999, p. 66. Voir également, MAYER, Pierre, HEUZE, Vincent, *Droit International Privé*,..., p. 91 : « *Toute loi de police possède ainsi un domaine d'application nécessaire déduit de l'objectif qu'elle poursuit.* »

leur nature, leur objet et les conséquences de leur application ou de leur non-application. Ces critères, par extension analogique, peuvent aussi contribuer à identifier toute loi de police, indépendamment de son origine.

Contrairement à la littérature anglophone, la doctrine francophone opère la distinction entre les lois de police - « *catégorie particulière, caractérisée par le lien rationnel entre leur contenu et leur but, d'une part, le critère spatial qui définit leur domaine de leur compétence nécessaire d'autre part* »<sup>2112</sup> - et les lois d'application nécessaire ou immédiate, ces dernières fondant l'expression générique, décrivant le mécanisme dérogatoire à la méthode bilatérale classique, par lequel:

« Une règle est applicable (au moins dans le for de l'Etat dont elle émane) même si l'ordre juridique auquel elle appartient n'est pas désigné par la règle de conflit de lois dès lors que l'Etat qui l'a édictée estime nécessaire de la voir appliquée aux situations présentant un certain rattachement. »<sup>2113</sup>

La loi est immédiate, c'est-à-dire qu'elle s'applique sans médiation de la règle de conflit bilatérale: elle déroge au critère de rattachement ordinaire. Une loi de police reçoit sa spécificité de son but particulier, qui est de réaliser les *policies* du for. La loi d'application nécessaire ou immédiate décrit le processus juridique général, alors que la loi de police est principalement déterminée par sa fonction. Il est nécessaire de rechercher la finalité poursuivie par la loi et se « *demander si la réalisation de cet objectif requiert l'application de la loi en l'espèce* ». <sup>2114</sup> Cette détermination par la fonction assumée par la loi dans l'ordre du for permet également de différencier une loi de police d'une simple règle de conflit unilatérale qui ne fait que soustraire à l'ordre étranger une partie de la matière qui lui est attribuée par la règle de conflit bilatérale, indépendamment de la fonction de celle-ci. Elles renversent la méthode bilatérale traditionnelle, pour avoir recours à la logique fonctionnaliste: « *il s'agit de se demander si cela a un sens au regard de la politique poursuivie de l'appliquer [la loi] ou non.* »<sup>2115</sup>

---

<sup>2112</sup> MAYER, Pierre, « Les lois de police étrangères », *Journal du droit international*, vol. 277, N° 2, 1981, p. 344.

<sup>2113</sup> MAYER, Pierre, HEUZE, Vincent, *Droit International Privé*, ..., p. 88.

« Une loi d'application immédiate est une loi qui doit être appliquée par l'Etat qui l'a édictée à toutes les relations juridiques présentant un lien donné avec lui et qui rend pour cela compétent l'ordre juridique auquel elle appartient, lorsque cette compétence ne résulte pas de la règle de conflit de lois. », PATAUT, Etienne, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions*..., p. 50 ; « L'appellation lois d'application immédiate revêt en revanche une signification méthodologique. C'est moins la nature ou le contenu d'une certaine catégorie de lois qui est alors en cause, que la technique dérogatoire qu'elles empruntent dans un contexte où la méthode bilatéraliste reste de principe. », BUREAU, Dominique, WATT, Horatia Muir, *Droit International Privé*, ..., p. 559.

<sup>2114</sup> BUREAU, Dominique, WATT, Horatia Muir, *Droit International Privé*, ..., p. 317.

<sup>2115</sup> BUREAU, Dominique, WATT, Horatia Muir, *Droit International Privé*, ..., p. 317. Elles sont une manifestation de la méthodologie fonctionnaliste développée aux Etats-Unis. Cela revient à choisir la loi qui « assure une réglementation socialement satisfaisante des conséquences du délit en fonction de toutes les données du problème sans accorder une quelconque importance à la nature de la loi. », GRAULICH, Paul, « Règles de conflit et règles d'application immédiate », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 1963, p. 641.

Selon certains auteurs, ce type de lois serait recouvert d'une supra-normativité.<sup>2116</sup> Il est juste de dire que ces lois possèdent une normativité spécifique, dont est issue une priorité au plan de leur application. Toutefois, cette impérativité d'application est relative, puisqu'elle n'est valable qu'au sein de l'ordre qui les a édictées. De plus, elles ne remplacent pas l'ordre juridique étranger, mais « *elles se substituent ponctuellement, en fonction de leur contenu, aux règles correspondantes de cet ordre.* »<sup>2117</sup> Cette force normative est due d'une part, au rattachement objectif de la situation à l'ordre juridique du for<sup>2118</sup> et d'autre part, aux fonctions remplies par ces lois au sein de la société: la défense des intérêts collectifs et vitaux du for par la protection d'une catégorie de personnes<sup>2119</sup> ou la garantie de l'application uniforme de la loi sur le territoire.<sup>2120</sup> De même que pour les normes indérogeables du droit international public, une hiérarchie ou plutôt, une classification interne est mise en place, en raison de l'existence de lois spécifiques, mais ces dernières n'engendrent pas une suprématie absolue valable en toutes circonstances.

### c. Des similitudes fonctionnelles évidentes

Exception d'ordre public, lois de police et lois d'application immédiate, ces ensembles ont pour résultat de renverser, voire de déroger à la logique traditionnelle prévalant en droit international privé, à savoir la résolution des conflits de lois par l'emploi de méthodes formelles. Certaines lois doivent être mises en œuvre, car leur application est nécessaire, définition quelque peu tautologique. Cette nécessité est due, soit à la volonté explicite du législateur, soit elle découle implicitement du but et de la fonction de la norme. Ce but, la protection des intérêts fondamentaux de l'Etat du for, détermine le domaine d'application de ladite loi. En conséquence, la loi étrangère normalement applicable est automatiquement évincée et la volonté initiale des parties, qui avaient préalablement accepté la méthode de résolution bilatérale, se voit mise à l'écart. Distinguons ce procédé de l'ordre public, qui constitue également un obstacle à la règle étrangère désignée. Dans ce cas, la méthode conflictuelle est mise en œuvre et, ce n'est qu'une fois l'incompatibilité entre

---

<sup>2116</sup> AUDOLANT, Auriane, « Les lois de police en droit international privé : une force super-impérative ? », ..., p. 309. AUDIT, Bernard, *Droit international privé*, ..., p. 98. Voir le *Règlement CE 593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 17 juin 2008, Rome I*, article 9, qui réaffirme le principe d'application impérative des lois de police du for; le *Règlement CE n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, Rome II*, article 16: « *Dispositions impératives et dérogatoires. Les dispositions du présent règlement ne portent pas atteinte à l'application des dispositions de la loi du for qui régissent impérativement la situation, quelque soit la loi applicable à l'obligation non contractuelle.* » ; SPERDUTI, Giuseppe, « Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public », ..., p. 263 : « *... parmi ces lois, il y en a, toutefois certaines dont l'application est voulue de manière si impérieuse, qu'on les appellera lois « absolument » contraignantes, prohibitives, impératives ou, justement, lois de « nécessaire application.* » » ; aussi, SOUBEYRAND, Nicolas, *Super-Mandatory Rules, History, Concept, Prospect*, Dissertation, LLM in European Business Law, Pallas Programme, 2000-2001

<sup>2117</sup> MAYER, Pierre, « Les lois de police étrangères », ..., pp. 298-299

<sup>2118</sup> AUDIT, Bernard, *Droit international privé*, ..., p. 100.

<sup>2119</sup> Travailleurs, consommateurs, enfants mineurs, entre autres.

<sup>2120</sup> Cas des règles matrimoniales, par exemple.

l'ordre public du for et la loi de l'Etat étranger constatée que cette dernière se voit exclue. L'exception d'ordre public se concentre sur le résultat de l'application de la loi étrangère au cas d'espèce et la rejette en cas d'effets intolérables. La loi d'application nécessaire agit quant à elle en amont du processus et participe à la sélection initiale de la loi; le contenu de la loi étrangère n'importe pas, c'est l'impérativité de la loi du for qui impose son application. La méthode bilatérale de résolution est par conséquent d'emblée écartée, alors que dans le contexte d'une exception d'ordre public, on déroge à la méthode uniquement dans un deuxième temps.<sup>2121</sup>

En tant que sous-catégories des lois d'application nécessaire, les lois de police sont définies par la ou les fonctions qu'elles assument dans leur ordre juridique, ainsi que par leur contenu matériel et axiologique. De manière plus globale, la portée d'une loi d'application nécessaire est décidée, explicitement par le législateur ou implicitement par le juge qui la met en œuvre, qui estime qu'elle ne doit pas être sujette à des dérogations. La loi du for se voit dotée d'un contenu impératif et, comme toute norme indérogeable, agit comme un mécanisme d'imposition, en forçant la compétence de la loi interne au détriment de la règle de conflit. De la même manière que pour l'indérogeabilité en droit international public, l'ordre public et les lois d'application nécessaire génèrent la mise en place d'une gradation matérielle et relative, une classification normative en fonction des valeurs et intérêts impliqués.

Une loi de police déroge au « *postulat préalable au fonctionnement des règles de conflits de lois qui supposent une certaine communauté entre les lois.* »<sup>2122</sup> L'exception d'ordre public entraîne aussi l'éviction de la loi étrangère, car elle heurte la conception et les valeurs fondamentales de l'ordre juridique du for. La nature exceptionnelle est causée par le contenu de la loi étrangère, qui s'oppose aux principes nationaux de justice, aux fondements sociétaux et mettent en péril la préservation de politiques législatives perçues comme importantes.<sup>2123</sup> Les normes indérogeables agissent parfois comme des exceptions à certains principes établis de droit international. Les trois mécanismes du droit international privé qui ont été présentés sont également des infléchissements à la méthode classique et peuvent être expressément identifiés comme tels dans un traité. Dans le

---

<sup>2121</sup> L'ordre public intervient à l'encontre de la loi étrangère désignée, au motif que celle-ci est incompatible avec les valeurs dominantes du for. La loi d'application immédiate intervient directement contre la règle de conflit et l'évince de par son impérativité interne. Dans les deux cas, le processus de désignation du droit applicable est remis en cause, soit en amont, soit en aval. Voir, GANNAGE, Léna, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé: étude de droit international privé de la famille*, Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 298-299

<sup>2122</sup> JACQUET, Jean-Michel, DELEBECQUE, Philippe, CORNELOUP, Sabine, *Droit du commerce international*,..., p. 218, § 386.

<sup>2123</sup> Notons que pour Pierre Mayer, ces mécanismes ne dérogent pas à la méthode classique de résolution des conflits, mais font juste recours à des critères de rattachement spécifiques. Ils ne sont en définitive que l'expression de la liberté unilatérale de l'Etat de délimiter la compétence de son ordre juridique. Voir, MAYER, Pierre, « Les lois de police étrangères »,..., p. 278

contexte européen, les *Règlements de Rome I et II sur les lois applicables aux obligations contractuelles et non contractuelles* prévoient des exceptions à leurs dispositions dans ce sens, tant pour les lois de police,<sup>2124</sup> que pour l'exception d'ordre public.<sup>2125</sup> Comme dans le cas des droits de l'homme indérogables ou de la primauté du droit de la *Charte des Nations Unies* issue de l'article 103, les Etats ont consenti à inclure au sein d'une convention internationale des limitations à leurs compétences souveraines. Ils ne peuvent déroger aux droits humains mentionnés dans les listes spéciales, ils doivent faire primer leurs obligations onusiennes en cas de conflit avec une autre de leurs obligations internationales et ils doivent accepter qu'une loi de leur ordre juridique ne soit pas appliquée, si elle contrevient aux idéaux d'un for étranger ou est incompatible avec une loi d'application nécessaire issue de ce dernier. Plus généralement, on peut affirmer que les concepts auxquels il est fait recours sont eux-mêmes des dérogations à un principe de droit ou à la logique juridique traditionnelle.

Ces dispositifs aident au maintien de la structure étatique et à sa permanence. Ils sont des outils de maintien de la cohérence et de l'intégrité des systèmes juridiques. La similitude fonctionnelle avec les trois piliers ne peut être ignorée: afin de protéger certaines normes, reflétant des valeurs essentielles, des intérêts collectifs et des *policies* spécifiques, certaines règles, principes ou outils juridiques imposent leur application. Sont introduites des considérations extra-légales, éthiques, morales, politiques, dans des domaines, où est supposée régner la neutralité axiologique. Il s'agit de mécanismes de correction, quand le résultat issu de l'application machinale du droit ne paraît pas acceptable. Les intérêts privés sont asservis à la préservation d'intérêts supérieurs.

Tant en droit international public qu'en droit international privé, la norme indérogable, la loi d'application nécessaire et l'ordre public sont matériellement insaisissables, rebelles à toute définition, ce qui crée assurément un risque d'emploi abusif et de manipulation sémantique, au vu du rôle immense laissé à l'interprète.<sup>2126</sup> On peut reprocher à ces normes d'être des vecteurs

---

<sup>2124</sup> *Règlement de Rome I*, article 9; *Règlement de Rome II*, considérant 32. Dans le *Règlement de Rome I*, des lois de police spécifiques sont prévues par des articles concernant des domaines précis visant la protection d'intérêts purement privés: l'article 5§2 sur la protection du consommateur, l'article 6 sur la protection du salarié.

Voir également: l'article 17 de la *Convention de La Haye sur 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises*, l'article 20 de la *Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes* et l'article 11 de la *Convention de La Haye du 5 juillet 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire*.

<sup>2125</sup> *Règlement de Rome I*, article 21; *Règlement de Rome II*, article 26.

<sup>2126</sup> En droit international privé, on craint qu'un « lex forisme » exagéré et arbitraire découle d'une sur-utilisation des lois d'application nécessaire, de lois de police et de l'exception d'ordre public. Pierre Mayer voit dans les lois de police l'expression d'un nationalisme et d'un territorialisme juridique, menant inévitablement à des abus et à une déstabilisation des relations juridiques internationales. MAYER, Pierre, « Les lois de police étrangères »,..., pp. 277-278.

d'insécurité juridique, étant donné le manque ou l'absence de critères généraux prédéfinis d'identification de ces dernières.<sup>2127</sup> De cette observation découle une certaine réticence des instances à trancher un cas uniquement sur la base de normes indérogeables, de l'ordre public ou d'une loi de police.<sup>2128</sup> La perception de la normativité particulière de ces ensembles juridiques, voire de leur force impérative au sein d'un ordre juridique, dépend de leur but, leur fonction et leur poids axiologique. L'exception d'ordre public exige du juge de définir les valeurs constituant son ordre public et, comme réitéré à plusieurs reprises, que ces dernières évoluent et changent constamment. L'ordre public, les lois d'application immédiate et les normes indérogeables sont des phénomènes sociologiques, variant selon le contexte et la culture.

*« If the nature of ordre public can not be defined in a general and comprehensive fashion, it is nevertheless possible to delimit with some precision the function which has developed upon it: in cases where foreign law should on principle be applied, ordre public insures the application of a local law or prevents the application of a rule of foreign law when the sense of justice of the forum would be otherwise outraged. »*<sup>2129</sup>

Le droit international privé présente une nette tendance à élargir la portée de l'ordre public, des lois d'application nécessaire et des lois de police, afin de les exploiter à des fins nationales, ceci en vertu du principe de cohésion de l'ordre juridique du for. L'identification des lois de police, ainsi que des valeurs et principes constituant l'ordre public, est le fait de l'interprète, ce qui autorise ces velléités expansionnistes. L'atteinte à la cohésion et aux valeurs de l'ordre juridique doit être grave pour pouvoir justifier de déroger aux règles classiques de résolution et ainsi, étendre la compétence du droit national à une situation internationale. En outre, le lien de rattachement objectif doit présenter des liens assez étroits avec la situation d'espèce.<sup>2130</sup> L'appréciation du seuil de gravité et du lien constitue un exercice qui implique inévitablement un certain subjectivisme. Cependant, ce qui compte réellement, est le *« sentiment que leur application est nécessaire...le fondement dès*

---

<sup>2127</sup> Relativement au *Règlement de Rome I* et aux lois de police: *« ...il convient de mettre en relief le rôle que la Convention assigne au juge dans la localisation et l'application des règles impératives. Cependant, ce pouvoir discrétionnaire peut (...) poser des problèmes de décisions différentes, et même contradictoires, d'un juge à l'autre. »*, PEREZ-BEVIA, José Antonio. « Dispositions impératives et lois de police dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *Revue Hellénique de Droit International*, vol. 17, 1982-1983, p. 40.

<sup>2128</sup> Au sujet de l'ordre public, il est dit : *« The amorphous quality of public policy and its potential for abuse by result-oriented courts have long been recognized by the judiciary, which has urged caution in deciding cases upon public policy grounds. »* Et l'auteur cite une phrase prononcée par un juge américain: *« I protest arguing too strongly upon public policy. It is a very unruly horse and once you get astride it, you never know where it will carry you. »*, MURPHY, Kent, « The Traditional View of Public Policy and Ordre Public in Private International Law », ..., p. 592

<sup>2129</sup> Affaire *Allgemeine Elektrizitätsgesellschaft, Berlin et Siemens et Halske Aktiengesellschaft, Berlin v. Journaliag A.-G., Glarus*, Deutsche Bundesgericht, 64 II 88, jugement du 1<sup>er</sup> février 1938, pp. 97-98

<sup>2130</sup> *« ... The court balances the benefit of furthering that domestic policy against the need to promote international harmony. Beyond a certain level, the intensity of the state's concern outweighs the international considerations. »*, GUEDJ, Thomas G., « The Theory of the Lois de Police. A Functional Trend in Continental Private International Law - A Comparative Analysis with Modern American Theories », ..., p. 666. Et, il conclut p. 696: *« ...the court, when faced with a rule of immediate application, will weigh: a) the connection of the case to the rule; b) the purpose and content of the rule. Also, attention is given to the effects flowing from its application or non application. »*

*lors apparaît secondaire.* »<sup>2131</sup> Les normes indérogables sont aussi tributaires de la conviction qu'elles ne doivent pas être sujettes aux dérogations et de la perception de leur force contraignante. Une fois cette certitude atteinte, leur source formelle importe peu.

Le caractère variable et contingent des catégories juridiques analysées renforce l'argument initial, selon lequel le droit est une institution humaine et sociale. De ce fait, la norme n'acquiert sa véritable signification, qu'au travers son application pratique à une situation donnée, qui elle-même est dépendante de l'interprétation donnée par l'autorité pertinente. En définitive, aucune loi n'a une vocation naturelle à s'appliquer. Le processus juridique n'est pas un exercice mécanique. Au contraire, la mise en balance des intérêts et une évaluation au cas par cas des *policies* et valeurs en cause sont plus que nécessaires. Une norme indérogable de droit international public, tout comme une loi de police, une loi d'application nécessaire ou une exception d'ordre public s'appliquent dans un contexte précis et leur efficacité et leur réalité juridiques dépendent en majeure partie de l'emploi qui en est fait et de la volonté de l'instance de mise en œuvre d'enclencher une ou plusieurs de leurs fonctions.

### **3. Pertinence et intérêt d'une approche fonctionnelle de l'indérogabilité**

A propos des lois de police, il a été justement énoncé :

*« En définissant les lois de police comme des règles dont la teneur ou le but appellent leur application à des situations qui ne leur sont pas soumises par la règle de conflit, on abandonne un mode d'identification au profit d'une approche fonctionnelle, qui semble mieux convenir à leur nature. »*<sup>2132</sup>

Il paraît intéressant à ce stade de mettre en évidence la pertinence de l'approche fonctionnelle et établir que la citation mentionnée ci-dessus peut être valablement appliquée aux normes indérogables du droit international public. Qu'est-ce que la fonction d'une norme juridique? Lorsque le législateur édicte une norme, pense-t-il à cet aspect fonctionnel? La fonction peut-elle évoluer, changer? La norme peut-elle remplir des fonctions qui n'ont pas été envisagées? Pour pouvoir répondre à ces interrogations, il se doit d'être rappelé qu'une règle de droit remplit des fonctions strictement normatives, mais aussi des fonctions sociales. En conséquence, elle produit des effets de natures diverses. Premièrement, une règle de droit est un standard, qui guide la conduite des acteurs au sein d'un système donné, leur fournit des raisons pour agir et constitue la base pour évaluer et juger leurs actions et leurs décisions. Ensuite, une règle de droit tend à promouvoir et à réaliser les *policies* de l'ordre où elle évolue. Elle génère logiquement des effets directs sur la société qu'elle vise à réguler. Les effets ainsi produits ne sont pas toujours ceux qui

---

<sup>2131</sup> MAYER, Pierre, « Les lois de police étrangères »,..., 1981, p. 280

<sup>2132</sup> *Ibidem*, p. 292.

furent prévus ou désirés originellement. La règle et ses conséquences évoluent et s'adaptent au gré des changements de son environnement et des besoins de celui-ci. La fonction représente aussi bien l'effet attendu et idéal que l'effet réel de la norme, celui qui résulte de son application à une situation donnée.<sup>2133</sup> L'approche fonctionnelle permet de saisir les raisons initiales qui ont mené à la création et à l'adoption de la norme, ainsi que son impact et la manière dont elle opère en pratique.<sup>2134</sup>

Par souci d'honnêteté intellectuelle, il faut relever la difficulté d'identifier la ou les fonctions d'une norme juridique avec précision. Une norme possède des fonctions visibles, discernables par l'entremise de l'intention du législateur, telle qu'exprimée dans le texte de la loi, mais aussi par un examen des travaux préparatoires, ainsi que de la jurisprudence et de la doctrine. Une norme exerce également des fonctions implicites, qui émergent selon le contexte et l'interprétation. L'analyse fonctionnelle a permis d'appréhender ces deux dimensions: tant les raisons sous-tendant l'édiction et le maintien de la norme et les objectifs attribués à celle-ci, que les conséquences découlant subséquemment de son implémentation et l'impact concret sur le système et les acteurs; tant l'effet voulu que l'effet accidentel. Parfois, une norme peut être dotée d'une nouvelle raison d'être, car elle est confrontée à une nouvelle réalité sociale, à une évolution des mœurs ou même à un changement de paradigme idéologique. La nouvelle fonction est alors différente de celle entrevue initialement, mais elle permet à la norme de survivre et justifie sa présence. Bien que les normes indérogeables, qui constituent le sujet de ce travail, ne remplissent pas toujours les fonctions qui leur a été assignées et qu'elles peuvent, de ce fait, paraître juridiquement inefficaces, elles assument néanmoins d'autres fonctions, qui sont à mettre en parallèle du développement contemporain de la société internationale: moralisation et humanisation du droit, préservation de la dignité humaine, défense de l'individu en tant que sujet de droit international, rempart contre la globalisation et la fragmentation du droit, préservation des régimes juridiques, anciens et nouveaux, protection des idéaux onusiens de paix. Les normes indérogeables, comme le droit en général, subissent un processus constant de remise en cause, qui leur donne la possibilité de concilier leurs finalités avec les réalités contemporaines.

---

<sup>2133</sup> ALEXANDER, Gregory S., «The Concept of Function and the Basis of Regulatory Interests under Functional Choice-of-Law Theory: The Signification of Benefit and the Insignificance of Intention», *Virginia Law Review*, vol. 65, 1979, pp. 1069-1072: «...Alternatively, function might be defined as the social effects that actually follow from the rule: in explicitly causal terms, the social affects caused by the rule (...) it links the function of a rule to the consequences flowing from the rule. »

<sup>2134</sup> «That is, they [legal rules] may be explained in terms of they do rather what they are supposed to do (...) It does not distinguish between anticipated and unanticipated effects, between reasons and accidents. If a rule produces a certain effect, that effect is part of the rule's function. », *ibidem*, p. 1075.

Il a été établi que ces diverses fonctions s'exercent différemment selon le domaine et que leur importance relative dépend d'un exercice de mise en balance des intérêts et des valeurs en présence. L'indérogeabilité de la norme déploiera ses effets selon les circonstances et la perception de sa nécessité au sein de l'ordre juridique concerné. Ce qui importe en définitive est l'appréhension de la fonction de la norme par l'autorité devant se prononcer et l'ajustement de celle-ci au cas d'espèce. La norme sera assurément interprétée et appliquée de manière changeante selon le forum. Ce caractère contingent, d'autant plus problématique pour certains puristes en raison du poids et de la valeur des normes indérogeables, pourrait mener à la création d'un climat d'insécurité. Cependant, un processus juridique, qui passe par une véritable réflexion et une volonté de trouver la solution la plus juste et la plus fondée est à privilégier. Toute mise en œuvre machinale du droit qui serait déconnectée du contexte global où il agit, même au prix d'un certain degré d'instabilité, doit être rejetée. L'analyse fonctionnelle a mis en lumière les traits et les caractéristiques communs d'un concept matériellement insaisissable. Nous souhaitons avoir convaincu le lecteur que l'indérogeabilité ne désigne pas un concept sémantiquement vide; bien au contraire, il est un concept qui possède une signification pleine au regard de ses fonctions.

## ***B. Extensions analytiques***

Cette ultime section a pour objectif de répondre aux questions posées dans l'introduction, ainsi que d'exposer les résultats qui peuvent être induits de nos recherches. Il est indispensable de confirmer ou infirmer l'hypothèse de départ, qui supposait que le concept d'indérogeabilité, parallèlement au fait que celui-ci devrait s'exprimer de manières diverses selon le pilier considéré, possédait des fonctions identifiables et réelles et partageait des attributs et implications communs et ceci, au-delà du domaine juridique d'identification des normes possédant le qualificatif d'indérogeable. Si l'indérogeabilité est une réalité juridique dotée d'une certaine cohérence, constitue-t-elle pour autant un outil juridique efficace et nécessaire?

### **1. Signification de l'indérogeabilité en droit international: d'un concept flou à un outil juridique efficace?**

Il a été précisé dans le chapitre liminaire de ce travail que le choix initial d'employer le mot « concept » en lien avec l'indérogeabilité était partiellement motivé par le constat que la notion de normes indérogeables sert généralement à désigner des phénomènes apparemment disparates, difficilement classifiables. Toutefois, à partir d'un concept flou, il fut démontré, par l'entremise d'une reconstruction fonctionnelle du concept, que l'indérogeabilité impliquait certaines régularités. Que l'on appréhende les normes indérogeables dans le contexte du *jus cogens*, des

droits de l'homme, du droit international humanitaire ou du droit onusien, ces dernières remplissent des fonctions semblables, s'exerçant à intensité variable selon le domaine. Le concept d'indérogeabilité a pris corps et, alors qu'il semblait n'être qu'un outil lexical commode, il est devenu une réalité juridique cohérente. La découverte de l'existence de l'indérogeabilité en droit international en tant que phénomène juridique autonome ne signifie pas qu'il constitue un instrument de droit opérationnel. Nous nous devons de revenir sur l'impact de l'indérogeabilité en droit international, afin de saisir si elle engendre des effets juridiques réels et que ceux-ci correspondent ou non à sa vocation première. Les normes indérogeables sont-elles efficaces? L'efficacité est ici comprise comme l'influence d'une norme sur les comportements des acteurs, aussi bien au niveau micro, à savoir les effets sur chaque acteur pris individuellement, qu'au plan macro, l'indérogeabilité pouvant avoir des répercussions sur l'ordre juridique international dans sa globalité.<sup>2135</sup>

#### **a. L'impact de l'indérogeabilité sur l'ordre juridique international**

##### *i. Indérogeabilité et hiérarchie normative: constitutionnalisation ou simple rationalisation du système ?*

Le droit international, comme tout ordre juridique, exige un certain degré d'organisation et de cohérence interne. L'idée même d'une norme, qui n'accepte pas d'être sujette aux dérogations et qui, de ce fait, renverse la logique consensuelle traditionnelle, introduit une gradation normative au sein du système international. Comme maintes fois répété, l'indérogeabilité n'est pas un outil qui crée une hiérarchie formelle et rigide entre les règles de droit international. Elle établit une classification des normes, en fonction de critères relevant de considérations for diverses. En pratique, aucune primauté absolue ne peut être déduite du simple fait qu'une norme prétendument indérogeable soit invoquée; tout dépend des circonstances de l'espèce, de l'autorité qui se prononce, des objectifs à atteindre, de la lecture, des techniques interprétatives employées et finalement, du cadre spatial et temporel. Les normes indérogeables ne fondent pas un apex normatif et ne mettent pas en place un système, qui serait calqué sur les modèles nationaux, avec à leur sommet un ensemble de règles constitutionnelles. Les risques d'une approche visant à faire du droit international un ensemble juridique organisé à la manière des ordres internes ont été soulignés. La structure du droit international est en effet spécifique et son mode de fonctionnement est adapté à sa configuration.

---

<sup>2135</sup> MEHLING, Michael A., «Betwixt Scylla and Charybdis: The Concept of Effectiveness in International Environmental Law», *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 13, 2002, p. 130.

L'indérogeabilité ne génère pas une hiérarchie au sens strict du terme, mais permet de répondre à un besoin d'agencement et de rationalisation, exigé par toutes les institutions sociales. Les normes indérogeables constituent des principes directeurs, qui tirent leur force contraignante spéciale de leur appartenance à un groupe normatif particulier. Cette normativité est intimement liée au contenu matériel des normes et à leur(s) fonction(s). Les normes indérogeables reflètent et matérialisent juridiquement certaines valeurs et *policies*, acceptées et reconnues comme importantes. Cette hiérarchie substantielle n'est point une réalité immobile, mais au contraire, fluctue au gré de l'évolution des relations internationales, de la transformation du droit international et de l'émergence de nouveaux régimes, dotés de logiques axiologiques nouvelles et visant la réalisation d'intérêts et d'objectifs propres. Un mouvement perpétuel de remise en cause de toute gradation et d'adaptation constante du droit aux faits de la réalité caractérise l'ordre international. Pour contrer cette tendance, des instruments ont été introduits pour garantir un minimum de cohérence et fournir des points de référence et, c'est le cas des normes indérogeables. De ce constat et à la lumière de nos observations, il peut être déduit que la fonction organisationnelle et rationalisante de l'indérogeabilité existe et influence l'orientation générale du droit international, tout comme elle agit sur le comportement des sujets de droit et pénètre le discours juridique.

#### *ii. Indérogeabilité et consentement*

Le concept d'indérogeabilité représenterait une rupture avec le schéma traditionnel du droit international basé sur le consentement du sujet à être juridiquement lié par une norme et sur le principe d'équivalence normative. L'indérogeabilité peut être perçue comme transcendant cette volonté, principalement la volonté étatique, l'Etat demeurant le principal – non plus l'unique- créateur et destinataire des règles internationales. Cette observation peut être apposée aux normes impératives de droit international général et dans une certaine mesure au droit international humanitaire: l'exigence de l'accord de chaque sujet pris individuellement n'est pas indispensable à la création de l'obligation juridique. Toutefois, dans le cas des droits de l'homme indérogeables et du droit de la *Charte des Nations Unies*, la nature particulière de la norme provient de l'acceptation du sujet de lui octroyer, par l'intermédiaire d'un traité, un statut normatif renforcé. Il demeure que l'indérogeabilité renverse certains des postulats classiques, indépendamment du domaine où elle est invoquée et agit comme une exception à certains grands principes du droit international.

En vertu de l'approche volontariste, l'Etat possède une liberté totale de se lier et se délier de ses obligations juridiques, le droit international constituant un droit fondé sur la volonté. Il est depuis longtemps admis que cette volonté est contenue par certaines règles, qui imposent leur application et leur observation, indépendamment de l'acte d'acceptation. Le *jus cogens* a pour effet de contraindre l'Etat, peu importe s'il a donné son consentement à lui être soumis. Les normes impératives restreignent la liberté contractuelle de l'Etat, voire si on adopte la perspective expansionniste, limite sa liberté d'adopter des règles, quelque soit la source de celles-ci. Comme précisé *supra*, un droit de l'homme devient indérogeable par son insertion volontaire, en tant que tel, au sein d'une convention internationale; cependant, une fois lié, l'Etat n'est pas supposé pouvoir se défaire de son obligation de ne pas déroger à tel ou tel droit en période d'urgence, ce qui représente une limitation importante à ses compétences souveraines. Le droit des conflits armés est majoritairement formé, ou il est fortement désiré que ce dernier soit formé, des normes relevant du droit coutumier et liant, par conséquent, les Etats, qu'ils soient ou non parties aux traités en la matière. En outre, un certain nombre des règles humanitaires ont acquis une nature impérative. Ce qui caractérise pourtant le DIH est qu'il confère des droits et des obligations aux individus, comme le droit international des droits de l'homme. L'Etat consent à accorder une personnalité juridique et une place à l'individu en droit international; une fois engagé, l'Etat ne peut, en théorie, rappelons que les conventions de droit humanitaire et les traités en matière de droits de l'homme permettent la dénonciation et les réserves, revenir sur sa position initiale. Finalement, la *Charte des Nations Unies* est un traité interétatique ordinaire, qui ne devrait lier que les Etats membres de l'organisation. Cependant, il est ressorti que par l'intermédiaire des lectures extensives faites de son article 103, elle produit des effets sur des sujets qui ne l'ont pas formellement ratifiée. Les frontières de la volonté, symbole d'une image d'une souveraineté étatique absolue, se voient redéfinies au regard de nouvelles *policies* et d'aspirations symbolisant des préoccupations nécessitant une protection juridique particulière et un régime indérogeable.

Le paradigme volontariste est « égratigné », mais il n'est pas totalement remplacé, la volonté étatique exerçant encore un rôle important dans le processus juridique. En pratique, et ceci en l'absence de pouvoirs centralisés de mise en œuvre et de sanction, les Etats restent maîtres de leur destinée juridique internationale. Dans certains cas uniquement, cas définis avec précision, quelques règles de droit se voient dotées d'une préséance ponctuelle, relative et limitée, par l'interdiction d'y déroger. Une norme acquiert son statut indérogeable grâce à une multitude de facteurs, certains purement légaux, d'autres de nature extra-juridique. Les causes de l'indérogeabilité qui ont été identifiées incitent à exprimer quelques doutes sur la validité de la

théorie classique des sources, telle que généralement fondée sur l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Cette disposition ne se base que sur les sources formelles des règles de droit, alors que l'indérogeabilité prouve qu'il est erroné de distinguer entre les différents types de sources. Une règle de droit tire sa force normative d'une pluralité de sources, que celles-ci soient formelles ou matérielles et il est contreproductif de procéder à une stricte séparation entre elles. Les critères développés par les positivistes pour identifier quelle norme peut recevoir la qualification de règle de droit ne suffisent pas expliquer les raisons du caractère dérogeable ou indérogeable. Une norme est indérogeable également en raison de sa fonction sociale, axiologique et symbolique, et non pas seulement parce qu'elle est adoptée selon les procédés reconnus et qu'elle est acceptée par un acte formel de reconnaissance.

*iii. Indérogeabilité et intégrité des régimes juridiques: un besoin issu du phénomène de fragmentation*

Une norme indérogeable sert à protéger l'intégrité de certains régimes juridiques et à promouvoir les valeurs véhiculées et les intérêts promulgués par ceux-ci. L'ordre juridique international est traversé par un phénomène puissant de fragmentation, qui s'exprime par la multiplication des systèmes spécialisés et régionaux, la prolifération des normes régulant toujours plus de domaines, et l'augmentation du nombre des instances (quasi)-juridictionnelles, qui ont chacune leurs propres politiques normatives et leurs techniques interprétatives.<sup>2136</sup> Ce travail ne promeut pas les thèses prônant l'unité du droit international et l'universalité des valeurs le traversant. La fragmentation, évolution normale, tout ordre juridique tendant à se complexifier, renforce notre conviction. Ce processus génère inévitablement une confrontation entre les systèmes, mais devrait, à terme, mener à une amélioration des raisonnements juridiques, chaque instance devant prouver que sa réflexion est fondée sur des arguments solides. De manière générale, il devient désormais difficile d'entrevoir le droit international comme un tout cohérent; la fragmentation force à avoir une approche nuancée et prendre en considération les diverses idéologies et les conceptions multiples, que soutiennent les nouvelles sources d'autorité. Certes, cette fragmentation, qui existe tant au niveau du discours doctrinal et théorique, qu'au niveau institutionnel, crée un climat d'insécurité et d'instabilité juridique. Mais à nouveau, n'est-ce pas là, la caractéristique première de toute activité humaine ?

*« Law would be neglecting one of its most important functions if it ceased to meet the demands of its ceaseless evolution. »<sup>2137</sup>*

---

<sup>2136</sup> Voir, *Fragmentation du Droit International. Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, Rapport du Groupe d'Etude de la Commission du droit international ...*, 13 avril 2006, § 7, p. 11, *supra* **note de bas de page 1667**.

<sup>2137</sup> POUND, Roscoe, «Law in Books and Law in Action», *American Law Review*, vol. 44, 1910, p. 22.

L'indérogeabilité de certaines normes, droits ou obligations se retrouvent dans différents domaines du droit. Le concept a pour fonction de défendre les fondements à la base de ces derniers et les *policies* poursuivies par leurs représentants. L'indérogeabilité est invoquée pour faire obstacle à l'application de règles, qui pourraient heurter les valeurs et les principes propres à un régime. Comme observé, la norme indérogeable fonctionne d'une part, comme un mécanisme d'imposition de ces normes et de ces valeurs qu'il faut surprotéger et d'autre part, comme un instrument d'exclusion de celles qui paraissent être menaçantes. La mise en parallèle avec le droit international privé est particulièrement pertinente relativement à cette fonction, l'exception d'ordre public, les lois de police et les lois d'application nécessaire ont elles aussi pour objectif majeur de préserver l'ordre du for contre les intrusions de lois étrangères, qui ne correspondraient pas à sa vision du droit.

L'indérogeabilité implique une fonction primordiale de garant de l'intégrité des régimes, car chacun d'eux possède les normes indérogeables nécessaires à sa préservation. Simultanément, ceci peut mener à des dérives et à des abus interprétatifs. La fragmentation a pour conséquence d'augmenter le risque de conflits entre des règles appartenant à tel ou tel système. Le fait que « (...) *the possible fragmentation of international law makes some academics nervous* » ne doit pas mener à une utilisation aveugle des normes indérogeables.<sup>2138</sup> Les mécanismes d'imposition de normes et de valeurs, ne doivent pas être perçus “*comme des promesses d'ordre et d'unité du système*”, mais davantage comme des réponses juridiques circonstanciées à certains conflits.<sup>2139</sup> Ces dispositifs, sous-tendus par une idée de priorisation, peuvent être extrêmement efficaces, tant pour trancher des incompatibilités purement juridiques, que pour résoudre des conflits axiologiques, à condition qu'ils soient employés de façon judicieuse, en respectant le cadre définissant leurs conditions d'application. Tout recours au concept d'indérogeabilité et à ses normes, qui serait uniquement guidé par une crainte de l'émiettement de l'ordre juridique international, sous l'effet présumé issu des phénomènes de sectorialisation et régionalisation et de la multiplication des normes et des valeurs, se doit d'être rejeté.

---

<sup>2138</sup> CANOR, Iris, «The European Courts and the Security Council: Between *Dédoublement Fonctionnel* and Balancing of Values: Three Replies to Pascal De Sena and Maria Chiara Vitucci,...», p. 886

<sup>2139</sup> KLABBERS, Jan, «Setting the Scene», in Jan, KLABBERS, Anne, PETERS, Geir, ULFSTEIN, *The Constitutionalization of International Law*,..., p. 18

## **b. Indérogeabilité et importance des valeurs en droit international**

L'indérogeabilité est et se doit d'être perçue comme une réalité juridique qui remplit des fonctions juridiques centrales au bon fonctionnement de l'ordre, ou des ordres, internationaux. L'analyse a fait glisser la présente étude sur le terrain sensible des valeurs, car ces sont bien elles qui donnent au concept de norme indérogeable sa force normative particulière. Cette catégorie symbolise les valeurs et les *polices*, anciennes et nouvelles, qui imprègnent l'ordre juridique international. Elles sont une manifestation des *desiderata* des acteurs de l'arène internationale et de ce fait, elles influencent leurs actions et leurs décisions. Les fonctions juridiques remplies par les normes indérogeables sont indéniablement influencées, voire même renforcées par les fonctions axiologiques. Le droit international est infusé de tous les courants, qui traversent les relations internationales, ainsi que par les considérations légales et extra-légales devant être prises en compte dans le débat juridique. Des reproches vont être probablement adressés à ce travail, en raison de du manque de rigueur scientifique. Cependant, les questions qui obsèdent les internationalistes, et d'ailleurs tout juriste, à savoir, qu'est-ce qui explique le caractère juridiquement contraignant d'une règle et quelles sont les raisons qui font que les sujets la respectent, ne peuvent être résolues uniquement par des arguments juridiques. En effet, comment nier que le sentiment d'être lié et contraint juridiquement naît au sein d'un corps social? Cette conviction juridique prend corps et se développe grâce à divers facteurs: respect des processus d'adoption formels, positivisation de la règle, existence d'une sanction et de mécanismes de mise en œuvre, mais aussi, époque et lieu considérés, perception du degré d'autorité de celui qui édicte ou applique la règle de droit, croyance que la règle est légitime et remplit une fonction sociale nécessaire, entre autres. Les conceptions axiologiques sont construites, afin de servir les intérêts d'un groupe ou de ceux qui dominant le discours au sein dudit groupe. Le droit international est supposé être issu d'une perception partagée de la réalité normative, mais il est aussi le résultat de l'expression et de la lecture de cette réalité par ces voix qui ont de l'autorité.

Comme pour les autres phénomènes inhérents à tout système de droit, l'indérogeabilité remplit des fonctions juridiques, mais a acquis sa puissance et son efficacité grâce aux valeurs qu'elle véhicule. Permettre à la science juridique de pouvoir analyser les fondements de son domaine d'investigation et amener des réponses aux interrogations fondamentales par le truchement d'autres disciplines, semble être une étape décisive de son évolution. Toutefois, la pluridisciplinarité proposée ne paraît pas être une méthode analytique encore très répandue.

« *Let us look to economics and sociology and philosophy, and cease to assume that jurisprudence is self-sufficient (...) Let us not allow our legal texts to acquire sanctity and go the way of all sacred writings.* »<sup>2140</sup>

### c. Indérogeabilité et efficacité

Au regard de l'examen ici entrepris, peut-on affirmer que le concept d'indérogeabilité est un outil efficace sur le plan juridique? Remplit-il les fonctions qui lui ont été assignées et réalise-t-il les objectifs sociaux de ses normes? Au contraire, les normes indérogeables ne sont-elles qu'un artifice rhétorique, permettant de désigner des phénomènes difficilement saisissables? Il a été exposé que l'indérogeabilité présentait une certaine unité fonctionnelle et que, de plus, elle assumait des fonctions concrètes ayant un impact sur le système et sur le comportement des sujets de droit. La problématique de l'efficacité juridique est quelque peu différente de celle de la réalité fonctionnelle des normes indérogeables, et c'est pourquoi elle sera brièvement abordée ici. Avec le développement de l'analyse du droit selon une perspective économique, la validité d'une règle juridique n'est plus exclusivement basée sur ses qualités intrinsèques, sur l'identité du législateur et la légitimité de sa source, mais également sur les résultats qu'elle produit.<sup>2141</sup> Nuançons cette approche: le droit ne doit pas se limiter uniquement à cet aspect utilitariste et ne doit pas seulement être apprécié en termes de rendement. Le droit est avant tout un système reflétant des valeurs; il est une réalité sociale, qui ne se trouve ni au-dessus, ni à côté de la société qu'il régit.

Dans le langage commun, le fait d'être efficace peut être défini comme:

« *...being concerned with, or having the function of carrying into effect, executing or accomplishing and more generally, that which is attended with result or has an effect.* »<sup>2142</sup>

Il est surprenant de remarquer que l'efficacité des normes est un thème traité de manière relativement superficielle par la doctrine. Au cours des recherches, il est apparu que l'efficacité a trait à la relation entre la théorie et la pratique, ainsi qu'entre les moyens et la fin.<sup>2143</sup> La connaissance théorique est-elle concrètement appliquée pour résoudre des conflits, prendre des

---

<sup>2140</sup> POUND, Roscoe, «Law in Books and Law in Action»,..., pp. 35-36

<sup>2141</sup> « *Il apparaît donc que l'efficacité est devenue la condition fondamentale à laquelle doit satisfaire la règle de droit – conformément à un modèle nouveau de rationalité juridique fondé sur une conception instrumentale, voire utilitariste du droit: un droit qui tend ainsi à être conçu, élaboré, agencé, mais aussi apprécié en considération des effets, qu'on veut lui faire produire.* », ROUVILLOIS, Frédéric, « L'efficacité des normes. Réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique. », Working Paper, 29 Novembre 2006, p. 13, disponible at <http://www.fondapol.org/etude/10/>, consulté le 2 mai 2012.

<sup>2142</sup> MEHLING, Michael A., «Betwixt Scylla and Charybdis: The Concept of Effectiveness in International Environmental Law»,..., p. 146

<sup>2143</sup> A ce propos, sur la différence entre effectivité et efficacité: « *Une norme efficace est d'abord...une norme effective, autrement dit devant être appliquée réellement et faire l'objet d'une réalisation dans les pratiques sociales...Mais il ne suffit pas qu'une norme soit effective, respectée par ses destinataires pour être considérée comme efficace: il faut en outre...qu'elle produise l'effet recherché - lequel ne se limite pas à son application.* », ROUVILLOIS, Frédéric, « L'efficacité des normes. Réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique. »,..., p. 3.

décisions et élaborer des politiques? A la base, il existe un modèle définissant la norme parfaite, qui vise un objectif, vers lequel la pratique doit tendre, afin de pouvoir incarner cette norme dans les faits.<sup>2144</sup> Notons que cette recherche d'efficacité implique un degré de variabilité et qu'un écart entre le modèle idéal et le réel est inévitable. Toutefois, il est constamment recherché les moyens les plus appropriés pour atteindre la fin, également idéalement conçue selon l'idéal-type. L'efficacité comprend aussi cette adéquation entre les moyens et le *telos*. La règle de droit devient efficace quand, en raison de son contenu normatif, elle est la cause des effets qu'elle ambitionne d'atteindre.

Il est possible de prendre le contre-pied de cette approche de l'efficacité, à savoir, partir de la réalité et s'appuyer sur le potentiel de la situation, car elle est en elle-même une source d'effets.<sup>2145</sup> Il devient par conséquent inutile de prédéterminer la situation en fonction d'un plan idéal qu'il faudrait réaliser. « *L'effet impliqué se développe lui-même en vertu du processus engagé.* »<sup>2146</sup> La situation mène naturellement au résultat. Aucun schéma n'est élaboré, car les circonstances sont imprévisibles. L'effet découle en définitive du potentiel de la situation, qui est toutefois sujette à une évaluation préalable, afin d'identifier les facteurs en présence. Tout est une question d'estimation de la propension de la situation à générer certains effets. L'auteur, duquel nous nous inspirons, ici entreprend une distinction entre la notion d'effet, en tant que ce qui est visé par l'action dans le rapport moyens-fins, et l'*effect*, qui est logiquement issu du processus, « *le réel advenu* ». <sup>2147</sup>

Ce travail a tenté de réunir les deux dimensions de l'efficacité, l'aspect normatif et l'aspect factuel, tentant de réconcilier l'analyse juridique avec une approche pluridisciplinaire. L'efficacité implique également des valeurs, des intérêts, des préférences et des conditions contingentes. Il est difficile de définir avec précision l'objectif ou les objectifs d'une norme, tout comme d'ailleurs son efficacité, qui est sujette à des perceptions variables. Toute relation de cause à effet est exprimée par un acte interprétatif et engendre, en conséquence, une dose de subjectivisme:

« *La concomitance peut être due non à ce qu'un des phénomènes est la cause de l'autre, mais à ce qu'ils sont tous deux effets d'une même cause, ou bien encore à ce qu'il existe entre eux un troisième phénomène, intercalé mais inaperçu, qui est l'effet du premier et la cause du second. Les résultats auxquels conduit cette méthode ont donc besoin d'être interprétés.* »<sup>2148</sup>

---

<sup>2144</sup> JULLIEN, François, *Traité de l'efficacité*,..., p. 13.

<sup>2145</sup> *Ibidem*, pp. 27-28. L'auteur se base sur les penseurs chinois pour décrire cette approche de l'efficacité, qu'il oppose à la pensée occidentale, principalement fondée sur la philosophie grecque et sa vision de l'efficacité.

<sup>2146</sup> *Ibidem*, p. 33

<sup>2147</sup> *Ibidem*, pp. 145-146.

<sup>2148</sup> DURKHEIM, Emile, *Les règles de la méthode sociologique*,..., p. 130. Egalement, MCCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978, p. 5: «...that any act of interpretation will, in the end,

Il est évidemment indispensable de vérifier si la norme réalise son effet attendu ou désiré. Cependant, cet effet n'est pas toujours clairement exprimé et les objectifs qui sont assignés à telle ou telle norme sont constamment réinterprétés, afin de satisfaire les besoins qui naissent au sein de la société. De ce fait, il faut également prendre en compte le résultat réel produit par la mise en œuvre de la norme. Il se peut que le droit en action ne corresponde pas au droit tel qu'il est initialement exposé dans la théorie.

L'indérogeabilité peut-elle être considérée comme un outil juridique efficace? Une norme peut être efficace sans être effective, c'est-à-dire que, même si la norme n'est pas appliquée ou que des écarts entre ladite norme et la conduite des sujets sont observables, elle peut néanmoins produire des effets réels et conformes à des objectifs latents. En effet, une règle de droit peut créer des effets imprévus, car ils sont tributaires des conditions de sa mise en œuvre, de son interprétation et du contexte de son application. Le contenu exact d'une norme n'est « *vraiment connu qu'au contact des réalités auxquelles on l'applique...* ». <sup>2149</sup> Normes impératives indérogeables de *jus cogens*, droits de l'homme indérogeables, droit international des conflits armés indérogeable, obligations onusiennes indérogeables: ces ensembles normatifs ont tous été dotés d'effets et de fonctions spécifiques et il est ressorti de la pratique, que les normes indérogeables ne produisaient pas, dans chaque situation, les résultats escomptés. Une norme indérogeable peut être mise en œuvre de telle sorte, qu'elle finit par être l'objet d'une dérogation. Le *jus cogens* ne mène pas dans tous les cas à la nullité de l'acte contraire; les droits de l'homme indérogeables sont souvent l'objet de limitations, voire d'atteintes graves, en pratique; les règles de droit international humanitaire sont souvent violées et les obligations souvent restreintes sous l'effet des diverses lectures des principes fondant ce domaine; l'article 103 n'entraîne pas *ipso facto* une primauté des obligations onusiennes, ni n'octroie des pouvoirs illimités au Conseil de sécurité d'imposer aux Etats d'enfreindre leurs autres devoirs leur incombant en vertu du droit international.

Malgré ce bilan, le concept d'indérogeabilité produit des effets concrets et mesurables et agit sur le comportement des acteurs. Une norme indérogeable est insérée dans le processus juridique par les instances juridictionnelles qui l'invoquent, mais elle est aussi utilisée par les destinataires des règles. Elle devient un standard de référence pour évaluer la légalité de leur comportement et un principe guidant leurs actions. Un Etat tentera toujours de se justifier dans le cas où il est

---

*rely on or presuppose a premise which cannot in itself be explained by recourse to the law, perhaps because, as has been suggested at various points throughout the history of ideas, our assent to some another normative principle lies in our affective nature, in our sentiments, passions, predispositions of will, and, ...individual attitudes contain much that is rather a reflection of than a reflection upon the material conditions...of the society to which they belong. »*

<sup>2149</sup> ROUVILLOIS, Frédéric, « L'efficacité des normes. Réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique. », ..., p. 16.

soupçonné d'avoir enfreint une norme indérogeable acceptée et reconnue comme telle. Alors même si les effets générés sont variables et circonstanciés et qu'un écart entre la finalité originelle de la norme et le résultat obtenu peut être parfois considérable, le fait même de classer une norme dans la catégorie de celles qui ne souffrent d'aucune dérogation suffit à la rendre efficace. Le concept d'indérogeabilité agit comme un moyen de communication, un outil rhétorique, qui confère une force symbolique à la norme auquel il se voit rattaché. Mécanisme efficace, dans le sens où il est capable de produire des effets et remplir des fonctions, l'indérogeabilité est-elle pour autant nécessaire en droit international?

## **2. L'indérogeabilité, un concept nécessaire en droit international?**

Les normes indérogeables remplissent-elles des fonctions nécessaires au bon fonctionnement de l'ordre juridique international? L'indérogeabilité représente un instrument du droit international, qui est, ceci ressort des illustrations pratiques auxquelles il a été fait référence, souvent invoqué de manière peu méticuleuse et fréquemment en dehors du cadre définissant ses conditions d'application. Ce manque de précision et de rigueur est causé par la difficulté de déterminer avec certitude le contenu de ces normes mais également, par le désir des instances d'élargir le concept, afin de protéger les principes qu'elles promeuvent et les objectifs qu'elles poursuivent. Nonobstant ces tendances impérialistes et les critiques qui sont émises à leur encontre, qui leur reprochent de délégitimer la notion de norme qui n'est pas sujette aux dérogations, le concept se maintient et aucune voix aujourd'hui ne conteste son existence. Si les normes indérogeables participent à la régulation de la vie internationale, cela signifie qu'elles remplissent des fonctions, efficaces, mais aussi qu'elles ont un caractère indispensable. Cette opérationnalité fonctionnelle transforme l'indérogeabilité en un concept nécessaire: toute règle de droit subsiste et garde sa force normative, car sa présence est justifiée par certains facteurs. En cas de disparition totale de ces facteurs, ici les fonctions remplies par les normes indérogeables, la règle disparaît ou est remplacée par une autre, plus adaptée aux exigences de réglementation.

### **a. Entre surexploitation et sacralisation d'un concept indispensable**

Le concept d'indérogeabilité assume des fonctions nécessaires, car elle protège quelques normes, valeurs, *policies* ou des systèmes par un régime juridique spécial, car il est considéré que toute atteinte à ceux-ci engendrerait des dommages graves, voire néfastes pour l'ensemble de l'ordre international. Cette nécessité ne doit pourtant pas mener à une surexploitation du concept. Les normes indérogeables sont contraignantes et ont pour objectif la régulation des relations sociales, comme toutes les règles de droit d'ailleurs; ce qui différencie, par conséquent, une norme qui n'est

pas l'objet de dérogations d'une norme ordinaire est davantage une question de degré de puissance normative que de nature. Cette force contraignante évolue au cours de l'histoire, au gré des perceptions et des croyances, relativement aux valeurs et aux *policies*, qui méritent d'être défendues plus rigoureusement. Pour répondre à l'une des interrogations préliminaires, une norme devient en partie indérogable en raison de son contenu: l'interdiction de dérogation permet de préserver cette substance intacte, cette matière étant considérée comme importante. Non pas que la norme acquiert un statut juridique supérieur en raison du caractère indérogable; elle se voit octroyée un traitement spécial, tant en raison de la fundamentalité de ses buts légaux que de sa portée axiologique.

Cette appréciation de la valeur d'une norme juridique est subjective et relative. Dans aucun des piliers examinés, il n'a pu être distingué des critères permettant d'affirmer qu'une règle mérite d'être classifiée dans la catégorie « indérogable ». Ceci explique notre insistance sur le rôle de l'interprète, du juge, de l'arbitre ou de toute autre voix qui se prononce et qui possède une autorité; ils représentent et promeuvent les politiques d'une communauté « épistémique ». Chacune de ces communautés tendent à sacrifier certaines normes et certaines valeurs, voire un domaine dans sa globalité, par exemple le droit international humanitaire, à les doter d'un statut indérogable et à étendre leur champ d'application. Ces normes, identifiées comme devant être prémunies contre les dérogations, possèdent assurément pour la plupart d'entre elles une importance intrinsèque, mais il ne s'agit pas de les utiliser de manière déraisonnable et de les manipuler à l'aide de stratégies fondées sur des raisonnements juridiques faibles, afin d'atteindre des objectifs prédéfinis et des aspirations égoïstes. Les normes indérogables présentement analysées ont toutes été interprétées de façon à ce qu'elles dépassent leur vocation de base. Le *jus cogens* a été appliqué hors du cadre du droit des traités, avec plus au moins de réussite. Il est une tendance parmi la communauté des droits-de-l'homme à vouloir insérer dans la liste des droits indérogables, tous les droits et toutes les libertés fondamentales ce qui, nous l'avons souligné, n'est que peu réaliste. Le droit des conflits armés est considéré comme un domaine, qui dans sa totalité, doit être protégé contre les dérogations, en raison de son caractère exceptionnel. Toutefois, la marge laissée à l'interprète est telle, qu'il se révèle aisé de déroger aux règles humanitaires, sous couvert d'une lecture spécifique des principes et des dispositions, qui sont souvent peu ou mal explicités dans les textes. Finalement, l'article 103 de la *Charte des Nations Unies* a vu son champ d'application élargi et la préséance normative des obligations onusiennes étendue: toute obligation, quelque soit sa source, et tout sujet de droit devraient être soumis à cette primauté. Cette approche est graduellement

remise en question par une jurisprudence qui commence à refuser les abus commis au nom des objectifs de paix et de sécurité internationales, tels que définis dans la Charte.

Ces catégories normatives possèdent des qualités particulières et une force normative qui est distincte d'une norme ordinaire, dérogeable et totalement tributaire de la volonté du sujet de l'adopter ou non. Cependant, la surexploitation et l'invocation des normes indérogeables dans des situations, qu'elles ne sont pas destinées à régir, ne leur sont pas bénéfiques. Tout emploi abusif mène à une érosion de leur légitimité. Ces normes ont et doivent garder un caractère d'exception et de rareté, sinon elles perdront à terme leurs spécificités fonctionnelles et leur nature nécessaire. Considérer toutes les règles de droit international comme indérogeables revient à faire preuve d'un trop-plein d'idéalisme. Le système juridique international persiste à être encore majoritairement un droit volontaire dépendant de la volonté de l'Etat à lui être soumis et à l'appliquer.

#### **b. Redéfinir l'indérogeabilité au regard de sa vocation initiale et de la pratique**

Les normes indérogeables doivent être employées conformément à leur affectation originelle. Elles demeureront pourtant un indice d'évaluation de la licéité ou de la légitimité des actions et des décisions des acteurs internationaux. La réflexion concernant l'indérogeabilité doit être poursuivie et approfondie, en gardant à l'esprit que le concept doit conserver sa nature dynamique, à savoir qu'une norme dite indérogeable reflète et impose certaines valeurs et *policies*, qui importent au sein de la société internationale et que cette fonction axiologique, afin d'être pertinente, force le droit à s'adapter aux transformations de l'environnement, dans lequel il est créé et mis en œuvre. La catégorie des normes indérogeables peut être étendue et il s'agit probablement de sa prédestination, mais cette extension doit être entreprise de manière réaliste, à savoir en prenant en considération l'application concrète de ces dernières dans la pratique. On peut envisager que le nombre de normes impératives de droit international général augmentera considérablement dans le futur, notamment grâce à l'institutionnalisation progressive et la juridictionnalisation croissante de l'arène internationale, ainsi qu'en raison de la multiplication des règles internationales. Cette prolifération des normes de *jus cogens* doit néanmoins être limitée, au vu de la difficulté déjà présente d'assurer une primauté des normes impératives sur certains domaines bien établis, comme le droit des immunités. La volonté d'étendre les listes des droits de l'homme indérogeables, motivée par un besoin urgent de garantir un minimum de dignité à tout être humain, doit persister, mais cette indérogeabilité particulière doit continuer à fonctionner comme un mécanisme conventionnel, strictement encadré, liant les Etats parties aux traités pertinents, exception faite pour les droits ayant acquis une nature indérogeable coutumière ou impérative. Le droit

international humanitaire constitue avant tout un ensemble juridique défini dans des conventions internationales, même si de nombreuses normes de ce *corpus* sont désormais dotées d'une valeur coutumière, voire de *jus cogens*. Il semble important de revenir à une interprétation raisonnable du DIH, au regard de la pratique et des réalités du terrain. Certains grands principes doivent conserver leur indérogeabilité, mais la plupart des règles et des standards énoncés, soumis à une appréciation au regard du principe de proportionnalité, ne peuvent être appliqués sans un ajustement de leurs prescriptions aux aléas de la guerre. L'article 103 concrétise une indérogeabilité particulière, car confinée à un instrument de droit international. Il s'agit d'une indérogeabilité de circonstances, engendrant une primauté relative et occasionnelle. La disposition explicite de manière limpide ses conditions de déclenchement et ce cadre doit être respecté. En outre, il est absurde de penser que l'article 103 octroie des pouvoirs illimités aux organes onusiens et une liberté d'action totale aux Etats, lorsqu'ils mettent en œuvre leurs obligations onusiennes.

La pratique, jurisprudentielle et étatique, ainsi que la doctrine en la matière, démontrent que l'indérogeabilité constitue un concept complexe. En effet, de par ses fonctions et ses effets, il dépasse la simple prohibition de la dérogation, notion qui, elle aussi, est pluri-sémantique. Dans le cadre du *jus cogens*, la dérogation est un acte juridique, originellement formé par un accord entre certaines parties, qui implique l'application d'un autre régime que celui indiqué par la norme impérative; déroger à une obligation en matière de droits de la personne signifie restreindre la jouissance du droit ou suspendre temporairement son obligation de respect dudit droit, lors de la survenance d'un état d'urgence, tout en respectant les conditions posées par les clauses dérogoires; en DIH, une dérogation correspond à la limitation ou à la réduction de la portée d'un droit ou d'une obligation, voire même à sa violation pure et simple;<sup>2150</sup> finalement, un acte dérogoire relativement à la *Charte des Nations Unies* désigne le comportement d'un Etat, qui enfreint ou n'observe pas une obligation onusienne, afin de respecter une autre obligation contraignante et qui, de ce fait, viole l'article 103. La dérogation a plusieurs facettes, elle peut être continue ou temporaire et résulter d'un accord ou d'un acte unilatéral.

Au terme du cheminement, il paraît plus qu'évident que les normes indérogeables se doivent d'être appliquées scrupuleusement, en prenant en compte, non seulement cette divergence relative au sens des mots déroger et dérogoires, mais aussi l'ampleur des conséquences et des impacts potentiels issus de leur mise en œuvre. Cette application se doit d'éviter d'être aveugle et

---

<sup>2150</sup> Cette confusion entre dérogation et violation est quelque peu en contradiction avec la définition qui a été donnée initialement du terme de dérogation, voir *supra* **Partie I. A. 4. b.** Mais, la conception de la dérogation qui fut adoptée initialement a évolué au cours de l'analyse.

machinale, l'application du droit aux faits passant inévitablement, au travers de l'interprétation, par une mise en balance des intérêts en jeu, par une confrontation entre deux solutions, parfois également acceptables et légitimes. L'indérogeabilité d'une norme peut faire pencher la balance, mais ne doit en aucun cas être un instrument pour contourner les raisonnements juridiques et s'abstenir de recourir à des arguments cohérents. Aucune primauté normative absolue et automatique ne peut être déduite du caractère indérogeable d'une norme, car comme réitéré tout au long de ce travail, la hiérarchie imposée relève davantage d'une classification matérielle et variable, que de la mise en place d'une organisation pyramidale fixe et formelle des règles de droit.

S'interroger sur la pertinence de recourir à un concept pour définir une réalité, évaluer le bien-fondé de l'application d'une règle dans une circonstance donnée, ne pas déduire d'une norme des effets juridiques qui ne trouveront aucun écho en pratique: voici les moyens les plus adaptés et les plus sûrs de faire du droit international un système harmonieux et légitime, dans une période où il est constamment décrié par les acteurs extérieurs et où les internationalistes s'inquiètent de sa désintégration.

### **3. L'indérogeabilité, un concept unitaire ou un phénomène réfractaire à toute systématisation?**

Une citation qui fut mentionnée au début de ce travail doit être réitérée dans la présente conclusion:

*« Ce n'est pas, sans doute que le concept vulgaire soit inutile au savant; il sert d'indicateur. Par lui, nous sommes informés qu'il existe quelque part un ensemble de phénomènes qui sont réunis sous une même appellation et qui, par conséquent, doivent vraisemblablement avoir des caractères communs. (...) Mais, comme il est grossièrement formé, il est tout naturel qu'il ne coïncide pas exactement avec le concept scientifique, institué à son occasion. »<sup>2151</sup>*

*Jus cogens*, droits de l'homme, droit international humanitaire, article 103 de la *Charte des Nations Unies*, quatre piliers qui font tous écho au concept d'indérogeabilité. Quatre domaines du droit international constituant quatre expressions différentes de l'indérogeabilité ont été soumis à l'analyse. Le concept général, vulgaire, recouvre, comme l'énonce Emile Durkheim, des phénomènes, qui se distinguent les uns des autres, par la spécificité de leur champ d'application, de leur portée, de leurs effets et de la manière dont ils sont appliqués. Les idées de dérogeabilité et d'indérogeabilité ne sont pas identiques selon le pilier considéré. Il a pu être compris que ces catégories normatives sont réfractaires aux tentatives de définition rigide et possèdent un contenu difficilement appréhendable et en constante évolution. Rapidement, il est apparu que toute

---

<sup>2151</sup> DURKHEIM, Emile, *Les règles de la méthode sociologique*,..., p. 37. *Supra* note de bas de page 7.

tentative de procéder à une énumération des normes indérogeables correspondrait à un exercice totalement vain, tant ces normes sont sujettes aux appréciations subjectives et aux stratégies interprétatives des instances se prononçant à leur sujet. Cette contingence incite à adopter une autre perspective, d'où le choix de l'aborder selon une perspective fonctionnelle.

L'analyse fonctionnelle s'est révélée être pertinente et utile, car elle a permis de découvrir que les normes indérogeables partagent des caractères communs. Elles remplissent, à des degrés variables selon les circonstances de l'espèce et la posture interprétative, des fonctions que l'on a pu identifier dans chacun des piliers: fonction juridique de résolution des conflits, fonction de rationalisation, d'agencement et d'organisation de l'ordre juridique international, fonction de priorisation, voire de hiérarchisation, fonction d'exception à certains principes et de contrepoids à la logique traditionnelle, fonction répressive et dissuasive et fonction symbolique et de transmission de valeurs. L'indérogeabilité n'est assurément pas un concept unitaire, ni au plan de son acception théorique, ni au niveau de sa mise en œuvre pratique, mais, en définitive, à la lumière de ces similitudes fonctionnelles, il peut être affirmé que le terme possède une signification. L'indérogeabilité regroupe en son sein des phénomènes juridiques disparates et hétérogènes, qui remplissent des fonctions identifiables et réelles.

La science juridique tend à la catégorisation et à la systématisation, mais omet que le droit, en tant qu'activité humaine régulant des rapports sociaux, est une institution dynamique. Les catégories juridiques créées sont perpétuellement remises en question, modifiées ou supprimées. Pour cette raison, il est indispensable que ces « boîtes », qui servent à définir et à regrouper des ensembles normatifs, qui semblent *à priori* semblables, et à les différencier des autres, doivent être munies de parois poreuses, qui permettent l'adaptation du droit à la réalité et l'évolution des normes au gré des besoins sociétaux. Ouvrir la science juridique aux influences qui se trouvent en dehors de sa sphère et se détacher d'une approche trop empreinte de raideur mènera à une meilleure compréhension et donc, à une mise en œuvre plus efficace des règles. « *Think and see outside the box.* »<sup>2152</sup>

La visée de ce travail de thèse était d'appréhender le concept d'indérogeabilité, concept mystérieux et inconnu de la langue française, mais néanmoins communément usité par les internationalistes. Il était nécessaire de se départir de l'obsession de tout classer et extraire le concept de son traitement habituel, afin de le découper, le fragmenter et l'analyser de manière

---

<sup>2152</sup> Auteur inconnu.

rigoureuse, afin de le reconstruire et d'en dégager une signification pertinente du point de vue fonctionnel. Au final, il n'a été uniquement procédé au démontage de la boîte « indérogeabilité » pour construire d'autres boîtes, aux frontières mouvantes et liées par les fonctions importantes et nécessaires, qu'elles assument en droit international. Nous avons osé nous approcher de l'indérogeabilité et contrairement à nos attentes, notre vision ne s'est pas brouillée...<sup>2153</sup>

\*\*\*

---

<sup>2153</sup> « ...le droit [appartient] à la famille assez étendue des concepts qui ne sont clairs qu'entrevus de loin. Dès qu'on cherche à s'en approcher, la vision se brouille. », ROULAND, Norbert, *Introduction historique au droit*, consultable sur internet at [classiques.uqac.ca/.../rouland\\_norbert/...droit/intro\\_historique\\_au\\_droit.doc](http://classiques.uqac.ca/.../rouland_norbert/...droit/intro_historique_au_droit.doc) consulté le 27 avril 2011, p. 30. Déjà mentionné dans l'introduction, *supra* **note de bas de page 124**.



## **VI. Annexes**

### **A. *Jus cogens***

#### **1. Jurisprudence relative aux *jus cogens***

##### **a. Affaire relative au Traité Bryan-Chamorro, Etats-Unis v. Nicaragua, Cour de Justice d'Amérique Centrale, 1917**

*«... the said treaty violates Articles II and IX of the Treaty of Peace and Amity, concluded by the American States, (...) the government of Nicaragua is under the obligation – availing itself of all the possible means provided by international law- to re-establish and maintain the legal status that existed prior the Bryan-Chamorro Treaty between the litigants Republics. »*

##### **b. Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada Claims (Tinoco Case), Royaume-Uni v. Costa Rica, Sentence Arbitrale du 12 janvier 1922, Recueil de Sentences Arbitrales., Vol. I, Tinoco**

*« (...) such a treaty could (...) amend or change the rules of international law in the matter of de facto governments. »*

##### **c. Opinion dissidente du juge Schücking, Affaire du Vapeur Wimbledon, Royaume-Uni/France/Japon v. Pologne, Recueil C.P.J.I. 1923 Séries A, jugement du 28 juin et 17 août 1923, p. 47**

*« (...) les devoirs de neutralité doivent avoir le pas sur toute obligation conventionnelles (...) il est impossible d'assumer par convention une obligation juridiquement valable, et qui ait pour but l'accomplissement d'actes violant les droits de tierces parties. »*

##### **d. Opinion individuelle du juge Schücking, Affaire Oscar Chinn, Recueil C.P.J.I. Séries A/B, arrêt du 12 décembre 1934, pp. 149-150**

*« Je ne peux imaginer que la Société des Nations aurait déjà commencé les travaux de codification du droit international si, dès aujourd'hui il n'était pas possible de créer dans ce domaine du jus cogens, avec cet effet que, quand les Etats ont convenu de certaines règles juridiques et se sont également engagés à ce que ces règles juridiques ne puissent être modifiées par certains d'entre eux seulement, tout acte effectué en contravention à cet engagement est nul de plein droit. Jamais la Cour n'appliquerait une convention dont le contenu serait contraire aux bonnes mœurs... »*

**e. Opinion séparée du juge Moreno Quintana, *Affaire relative à l'Application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs, Pays-Bas v. Suède*, C.I.J Recueil 1958, arrêt du 28 novembre 1958, pp. 106-107**

« L'ordre public international se confîne dans le système du droit international public quand il établit certains principes, tels que les principes généraux du droit des gens et les droits fondamentaux des Etats, dont le respect est indispensable pour permettre la coexistence juridique des unités politiques qui composent la communauté internationale.(...) Ces principes, nous les connaissons bien puisqu'ils sont fort limités- et ces droits aussi ont un caractère impératif et une portée universelle ». Il cite la liberté des mers, la répression de la piraterie, la continuité territoriale de l'Etat, l'immunité de juridiction, la réglementation de la guerre, l'inviolabilité des traités, l'indépendance et l'égalité juridique des Etats. »

**f. Opinion dissidente du juge Fernandez, *Affaire du droit de passage en territoire indien, Portugal v. Inde*, C.I.J Recueil 1960, arrêt du 12 avril 1960, p. 135-137**

« Le droit général cogens l'emporte sur tout droit particulier. Et les principes généraux dont je ferai mention plus loin constituent de véritables règles de jus cogens auxquelles il ne saurait être dérogé par une pratique particulière. » Il cite notamment le principe de l'égalité souveraine entre les Etats. »

**g. Opinion individuelle du juge Bustamante, *Affaires du Sud-ouest Africain, Libéria v. Afrique du Sud*, C.I.J Recueil 1962, arrêt du 21 décembre 1962, p. 380**

« Le Mandat a apporté au droit international un principe nouveau qui traduit une exigence de conscience internationale: celui de la tutelle juridique pour le bien-être et le développement des populations ex-coloniales(...) A partir de ce moment, la mission sacrée conférée à la Société et, par conséquent à tous ses membres, n'est plus une mission morale ou humanitaire, mais clairement une mission de portée juridique indéniable, proclamée par la loi internationale. Depuis lors, (...) les Etats possèdent un intérêt juridique direct dans la protection des peuples. » Le juge ne fait que reconnaître la mission sacrée des civilisations et accorde à tous les membres des Nations Unies un jus standi, en raison de l'existence d'un intérêt public. Ce jus standi devient alors un critère de détermination des principes appartenant à l'ordre public. »

**h. Opinion individuelle du juge Jessup, *Affaires du Sud-ouest Africain, Libéria v. Afrique du Sud*, C.I.J Recueil 1962, arrêt du 21 décembre 1962, p. 425**

« Le droit international a longtemps reconnu que les Etats peuvent avoir un intérêt juridique dans les questions n'affectant pas leurs intérêts (...) Pendant plus d'un siècle, les traités ont spécifiquement reconnu les intérêts juridiques des Etats dans les grandes causes humanitaires et ont fréquemment prévu des procédures permettant aux Etats de faire respecter ces intérêts ». Il cite les accords sur les minorités, la Convention pour la prévention et la répression du génocide, la Constitution de l'OIT et autres Conventions internationales du Travail.

**i. Opinion dissidente du juge Tanaka, *Affaires du Sud-ouest Africain, Ethiopie v. Afrique du Sud/ Libéria v. Afrique du Sud*, 2<sup>ème</sup> phase, fond, Recueil C.I.J 1966, 18 juillet 1966, p. 298**

« Si l'on est fondé à introduire en droit international un *jus cogens* (...) sorte de droit impératif par opposition au *jus dispositivum* susceptible de modification par voie d'accord entre les Etats, il n'y a pas de doute que l'on peut considérer le droit relatif à la protection des droits de l'homme comme relevant du *jus cogens*. »

**j. *Affaire du Plateau Continental de la Mer du Nord, République Fédérale d'Allemagne v. Danemark/Pays-Bas*, Recueil C.I.J 1969, fond, arrêt du 20 février 1969**

- Opinion individuelle du juge Padilla Nervo: « *Les règles coutumières appartenant à la catégorie du *jus cogens* ne peuvent pas donner lieu à des réserves unilatérales.* » p. 98
- Opinion individuelle du juge Tanaka: « (...) *il y aurait un principe essentiel de l'institution du plateau continental qui doit être reconnu comme *jus cogens*.*», p. 182
- Opinions individuelles des juges Lachs et Sorensen: « *Si une règle générale ne relève pas du *jus cogens*, les Etats peuvent y déroger et leurs rapports contractuels dérogatoires ne sont pas nuls.* »p. 248

**k. Décision de la Commission Arbitrale sur les Biens, Droits et Intérêts en Allemagne, 23 mars 1962, cas de *Paul et Thérèse Gilis v. République Fédérale d'Allemagne*, cité par BARBERIS, Julio A., « *La liberté de traiter des Etats et le *Jus cogens**», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 18, 1970, p. 40**

« Dans les relations entre les contribuables qui sont ressortissants des Nations Unies, il ne saurait donc être question d'expropriation sans indemnité contraire au droit des gens car celui-ci ne l'interdit que lorsqu'elle est unilatéralement décrétée par un Etat ; or, l'article 6 du Chapitre Dixième de la Convention de Règlement est le résultat d'un accord de volontés entre les Etats Signataires. L'exonération de l'Impôt sur les Biens et ses limites étant stipulées dans un traité international, la réglementation qui y est contenue ne saurait plus être contestée, restreinte ou étendue par des considérations tirées des atteintes à la propriété privée des étrangers contraires aux règles du droit des gens général ». En définitive, la Commission décide que le droit des gens interdit d'exproprier unilatéralement et sans indemnité la propriété privée des étrangers dans certaines conditions, mais que lorsque ces mesures sont prises dans un traité, elles ne peuvent porter atteinte au droit international général. »

**1. Cour suprême constitutionnelle de la République Fédérale d'Allemagne, 7 avril 1965, cité par RIESENFELD, Stefan A., «*Jus Dispositivum and Jus cogens in International Law: In the Light of a Recent Decision of the German Supreme Constitutional Court*», *American Journal of International Law*, vol. 60, 1966**

« Customary international law is essentially *jus dispositivum*. A proposition to the effect that general rules of customary international law as a matter of principle enjoy priority over contractual stipulations is foreign to general international law. International treaty law...possesses as a rule of priority over customary law sine it is the latter and the more special law. Only a few elementary legal mandates may be considered to be rules of customary international law which can not be stipulated away by treaty. The quality of such peremptory norms may be attributed only to such legal rules as are firmly rooted in the legal conviction of the community of nations and are indispensable to the existence of the law of nations as an international legal order, and the observance of which can be required by all members of the international community. »

**2. *Jus cogens* et Convention de Vienne sur le droit des traités: Article 13 du projet de Humphrey Waldock sur le droit des traités, *Yearbook of the International Law Commission*, 1963, vol. II, p. 52**

« 1. A treaty is contrary to international law and void if its object or execution involves the infringement of a general rule or principle of international law having the character of *jus cogens*  
2. In particular, a treaty is contrary to international law and void if its object or execution involves:

- a. the use or threat of force in contravention with the principles of the Charter of the United Nations;
- b. any act or omission characterized by international law as an international crime;
- c. any or omission in the suppression or punishment of which every State is required by international law to cooperate.

3. If a provision, the object or execution of which infringes the general rule or principle of international law having the character of *jus cogens*, is not essentially connected with the principal object of the treaty and is clearly separable from the remainder of the treaty, only that provision shall be void.

4. The provisions of this article do not apply, however, to a general multilateral treaty which abrogates or modifies a rule having the character of *jus cogens*. »

## B. Droits de l'homme

### 1. Dérogations-limitations : tableaux comparatifs

	<i>DEROGATIONS PERMISES</i>	<i>DEROGATIONS INTERDITES</i>
<i>LIMITATIONS PERMISES</i>	<p>Interdiction du travail forcé (article 4§2 et article 3)</p> <p>Droit à la liberté et à la sûreté (article 5)</p> <p>Droit au respect de la vie privée et familiale (article 8)</p> <p>Liberté de conscience, de pensée et de religion (article 9)</p> <p>Liberté d'expression (article 10)</p> <p>Liberté de réunion et d'association (article 11)</p>	<p>Droit à la vie (article 2) (article 6 du Pacte) (article 4 de la Convention interaméricaine)</p> <p>Liberté de conscience, pensée et religion (article 18 du Pacte) Liberté conscience et religion (article 12 de la Convention interaméricaine, mais limitations possibles que pour liberté de manifester religion)</p> <p>Droits politiques (article 23 de la Convention interaméricaine: réglementations possibles)</p>
<i>LIMITATIONS IMPOSSIBLES</i>	<p>Droit au mariage (article 12)</p> <p>Interdiction de privation de liberté pour non exécution d'une dette contractuelle (article 1, 3 et 4 Protocole n°4)</p> <p>Egalité des époux (article 5, Protocole n°7) et articles 2, 3</p> <p>Articles 2 et 3 du Protocole n°1)</p> <p>Droit à un procès équitable (article 6)</p> <p>Droit à un recours effectif (article 13)</p> <p>Interdiction de la</p>	<p>Interdiction de la torture (article 3) (article 7 du Pacte : ajout expérience médicale ou scientifique non consentie) (article 5 de la Convention interaméricaine, plus développé et précis)</p> <p>Interdiction de l'esclavage et servitude mais exclusion travail forcé (article 4§1) (article 8 du Pacte : interdiction commerce esclaves en plus et servitude, mais exclusion travail forcé) (article 6 de la Convention interaméricaine : esclavage, servitude, traite esclaves et femmes, mais exclusion travail forcé)</p> <p>Interdiction de la</p>

	<p>discrimination (article 14)</p>	<p>rétroactivité des lois pénales (article 7 et 4§3 du Protocole N° 7))  (article 15§1 du Pacte : ajout possibilité de l'accusé à bénéficier d'une réduction de peine prononcée après commission de l'offense)  (article 9 de la Convention interaméricaine. Idem pour peine prononcée après)</p> <p>Interdiction emprisonnement pour non-satisfaction d'obligations contractuelles (article 11 du Pacte)  (Protocole n° 4 à la Convention européenne)</p> <p>Droit à la reconnaissance de la personnalité juridique (article 16 du Pacte)  (article 3 de la Convention interaméricaine)</p> <p>Droit à la protection de la famille (article 17 de la Convention interaméricaine)</p> <p>Droit à un nom (article 18 de la Convention interaméricaine)</p> <p>Droit de l'enfant (article 19 de la Convention interaméricaine, cf. Convention sur les droits de l'enfant)</p> <p>Droit à une nationalité (article 20 de la Convention interaméricaine)</p> <p>Garanties indispensables à la protection des droits indérogeables, articles 8 et 25 de la Convention interaméricaine</p> <p>Et : droits considérés comme absolus en droit international</p>
--	------------------------------------	---

		coutumier Interdiction du génocide Interdiction de la discrimination raciale et de l'apartheid Droit à l'autodétermination
--	--	---

**Niveau de protection assurée<sup>2154</sup>**

Droit non susceptible de réserve, de dérogation, de limitation : interdiction de la torture  
 Droit non dérogeable mais relatif : droit à la vie  
 Droit dérogeable et relatif : liberté d'association  
 Droit partiellement réservé, dérogeable et relatif  
 Droit réservé

---

<sup>2154</sup> Tiré de SERMET, Laurent, « De la carence dans la Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples de la clause de dérogation aux droits de l'homme », *RGDIP*, 2005-II, vol.109, pp. 395.

## 2. Jurisprudence

### a. Interdiction de la torture et autres traitements et peines cruels, inhumains ou dégradants

- *Affaire Tyrer v. Royaume-Uni*, Requête 5856/72, Arrêt, Cour européenne des droits de l'homme, 25 avril 1978, question des peines corporelles et de la torture – interprétation évolutive, § 31: « *La Cour rappelle en outre que la Convention est un instrument vivant à interpréter- la Commission l'a relevé à juste titre - à la lumière des conditions de vie actuelles. Dans la présente espèce, la Cour ne peut pas ne pas être influencée par l'évolution et les normes communément acceptées de la politique pénale des États membres du Conseil de l'Europe dans ce domaine. L'Attorney-General de l'île de Man a du reste signalé que depuis de longues années on révisé les dispositions législatives mannoises concernant lesdits châtiments.* »
- *Affaire Soering v. Royaume-Uni*, Requête 14038/38, Arrêt, Cour européenne des droits de l'homme, 7 juillet 1989, § 88: « *L'article 3 (art. 3) ne ménage aucune exception et l'article 15 (art. 15) ne permet pas d'y déroger en temps de guerre ou autre danger national. Cette prohibition absolue, par la Convention, de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants montre que l'article 3 (art. 3) consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe. On la rencontre en des termes voisins dans d'autres textes internationaux, par exemple le Pacte international de 1966 relatif aux droits civils et politiques et la Convention américaine des Droits de l'Homme, de 1969; on y voit d'ordinaire une norme internationalement acceptée. Reste à savoir si l'extradition d'un fugitif vers un autre État où il subira ou risquera de subir la torture ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants engage par elle-même la responsabilité d'un État contractant sur le terrain de l'article 3 (art. 3). Que l'aversion pour la torture comporte de telles implications, la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants le reconnaît en son article 3 (art. 3): "Aucun État partie (...) n'extradera une personne vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture." De ce qu'un traité spécialisé en la matière énonce en détail une obligation précise dont s'accompagne l'interdiction de la torture, il ne résulte pas qu'une obligation en substance analogue ne puisse se déduire du libellé général de l'article 3 (art. 3) de la Convention européenne. Un État contractant se conduirait d'une manière incompatible avec les valeurs sous-jacentes à la Convention, ce "patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit" auquel se réfère le Préambule, s'il remettait consciemment un fugitif - pour odieux que puisse être le crime reproché - à un autre État où il existe des motifs sérieux de penser qu'un danger de torture menace l'intéressé. Malgré l'absence de mention expresse dans le texte bref et général de l'article 3 (art. 3), pareille extradition irait manifestement à l'encontre de l'esprit de ce dernier; aux yeux de la Cour, l'obligation implicite de ne pas extrader s'étend aussi au cas où le fugitif risquerait de subir dans l'État de destination des peines ou traitements inhumains ou dégradants proscrits par ledit article (art. 3).* »
- *Affaire Al-Adsani v. Royaume*, Requête 35763/97, Arrêt, Cour européenne des droits de l'homme, 21 novembre 2001, §§35 et suivants.

- *Affaire Vilvarajah and others v. Royaume-Uni*, Requêtes 13163/87, 13164/87, 13165/87; 13447/87, 13448/87, Arrêt, Cour européenne des droits de l'homme, 30 octobre 1991, § 108: « En vue d'apprécier l'existence, à l'époque considérée, d'un risque de traitements contraires à l'article 3 (art. 3), la Cour se doit d'appliquer des critères rigoureux, eu égard au caractère absolu de cette disposition et au fait qu'elle consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques formant le Conseil de l'Europe (arrêt Soering du 7 juillet 1989, série A n° 161, p. 34, par. 88). Il résulte des principes énumérés ci-dessus que l'examen de la question doit se concentrer en l'espèce sur les conséquences prévisibles du renvoi des requérants à Sri Lanka, compte tenu de la situation générale dans l'île en février 1988 et des circonstances propres au cas de chacun d'eux. »
  
- *Affaire Selmouni v. France*, Requête 25803/94, 28 juillet 1999, Arrêt, Cour européenne des droits de l'homme, 30 octobre 1991, § 95: « La Cour rappelle que l'article 3 consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. Même dans les circonstances les plus difficiles, telle la lutte contre le terrorisme et le crime organisé, la Convention prohibe en termes absolus la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants. L'article 3 ne prévoit pas de restrictions, en quoi il contraste avec la majorité des clauses normatives de la Convention et des Protocoles n<sup>os</sup> 1 et 4, et d'après l'article 15 § 2 il ne souffre nulle dérogation, même en cas de danger public menaçant la vie de la nation (arrêts précités Irlande c. Royaume-Uni, p. 65, § 163, et Soering, pp. 34-35, § 88, et Chahal c. Royaume-Uni du 15 novembre 1996, Recueil 1996-V, p. 1855, § 79). »
  
- *Affaire Labita v. Italie*, Requête 26772/95, Arrêt, Cour européenne des droits de l'homme, 6 avril 2000, §119: «L'article 3 de la Convention, la Cour l'a dit à maintes reprises, consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. Même dans les circonstances les plus difficiles, telle la lutte contre le terrorisme et le crime organisé, la Convention prohibe en termes absolus la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants. L'article 3 ne prévoit pas de restrictions, en quoi il contraste avec la majorité des clauses normatives de la Convention et des Protocoles n<sup>os</sup> 1 et 4, et d'après l'article 15 § 2 il ne souffre nulle dérogation, même en cas de danger public menaçant la vie de la nation (arrêts Selmouni c. France [GC], n° 25803/94, § 95, CEDH 1999-V, et Assenov et autres c. Bulgarie du 28 octobre 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-VIII, p. 3288, § 93). La prohibition de la torture ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants est absolue, quels que soient les agissements de la victime (arrêt Chahal c. Royaume-Uni du 15 novembre 1996, Recueil 1996-V, p. 1855, § 79). La nature de l'infraction qui était reprochée au requérant est donc dépourvue de pertinence pour l'examen sous l'angle de l'article 3. »
  
- *Affaire Irlande v. Royaume-Uni*, Requête 5310/71, Arrêt, Cour européenne des droits de l'homme 18 janvier 1978, § 163: « La Convention prohibe en termes absolus la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants, quels que soient les agissements de la victime. L'article 3 (art. 3) ne prévoit pas de restrictions, en quoi il contraste avec la majorité des clauses normatives de la Convention et des Protocoles n° 1 et 4 (P1, P4), et d'après l'article 15 par. 2 (art. 15-2) il ne souffre nulle dérogation même en cas de danger public menaçant la vie de la nation. »

- *Affaire Chahal v. Royaume Uni*, Requête 22414/93, Arrêt, Cour européenne des droits de l'homme 15 novembre 1996, §79: « *L'article 3 (art. 3) consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques (arrêt Soering précité, p. 34, par. 88). La Cour est parfaitement consciente des énormes difficultés que rencontrent à notre époque les Etats pour protéger leur population de la violence terroriste. Cependant, même en tenant compte de ces facteurs, la Convention prohibe en termes absolus la torture ou les peines ou traitements inhumains ou dégradants, quels que soient les agissements de la victime. L'article 3 (art. 3) ne prévoit pas de restrictions, en quoi il contraste avec la majorité des clauses normatives de la Convention et des Protocoles nos 1 et 4 (P1, P4), et il ne souffre nulle dérogation d'après l'article 15 (art. 15) même en cas de danger public menaçant la vie de la nation (voir l'arrêt Irlande c. Royaume-Uni du 18 janvier 1978, série A n° 25, p. 65, par. 163, et aussi l'arrêt Tomasi c. France du 27 août 1992, série A n° 241-A, p. 42, par. 115).* »
- *Affaire Aksoy v. Turquie*, Requête 21987/93, Arrêt, Cour européenne des droits de l'homme 18 décembre 1996, § 62: « *L'article 3 (art. 3), la Cour l'a dit à maintes reprises, consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. Même dans les circonstances les plus difficiles, telle la lutte contre le terrorisme et le crime organisé, la Convention prohibe en termes absolus la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants. L'article 3 (art. 3) ne prévoit pas de restrictions, en quoi il contraste avec la majorité des clauses normatives de la Convention et des Protocoles nos 1 et 4 (P1, P4), et d'après l'article 15 par. 2 (art. 15-2) il ne souffre nulle dérogation, même en cas de danger public menaçant la vie de la nation (arrêts Irlande c. Royaume-Uni du 18 janvier 1978, série A n° 25, p. 65, par. 163, Soering c. Royaume-Uni du 7 juillet 1989, série A n° 161, p. 34, par. 88, et Chahal c. Royaume-Uni du 15 novembre 1996, Recueil 1996-V, p. 1855, par. 79).* »
- *Affaire Aydin v. Turquie*, Requête 23178/94, Arrêt, Cour européenne des droits de l'homme 25 septembre 1997, §81: « *Comme elle l'a relevé à de nombreuses reprises, l'article 3 de la Convention consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques et, à ce titre, prohibe en termes absolus la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants. L'article 3 ne prévoit aucune exception à cette valeur fondamentale et, d'après l'article 15, il ne souffre nulle dérogation, même en cas de danger public menaçant la vie de la nation ou de soupçon – aussi bien fondé soit-il – de terrorisme ou autre activité répréhensible pesant sur une personne (voir par exemple l'arrêt Aksoy précité, p. 2278, § 62).* »
- *Affaire Assenov et autres v. Bulgarie*, Requête 24760/94, Arrêt, Cour européenne des droits de l'homme, 28 octobre 1998, § 93: « *L'article 3, la Cour l'a dit à maintes reprises, consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. Même dans les circonstances les plus difficiles, telle la lutte contre le terrorisme et le crime organisé, la Convention prohibe en termes absolus la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants. L'article 3 ne prévoit pas de restrictions, en quoi il contraste avec la majorité des clauses normatives de la Convention et des Protocoles n° 1 et 4, et d'après l'article 15 il ne souffre nulle dérogation, même en cas de danger public menaçant la vie de la nation (arrêt Aksoy précité, p. 2278, § 62).* »
- *Le Procureur v. Anto Furundzija*, Affaire N° IT-95-17/1-T, Chambre de Première Instance, TPIY, jugement du 10 décembre 1998, §§ 134 et suivants.

- *Huri-Laws v. Nigeria*, African Commission on Human and Peoples' Rights, Communication 225/98, 2000, § 41: «*It is worth noting that the term 'cruel, inhuman or degrading treatment or punishment' is to be interpreted so as to extend to the widest possible protection against abuses, whether physical or mental. The prohibition of torture, cruel, inhuman or degrading treatment or punishment is absolute. However, as observed by the European Court of Human Rights in Ireland v. United Kingdom when called upon to decide on similar provision of the European Convention on Human Rights "...the treatment prohibited under Article 3 of the Convention is that which attains a minimum level of severity and...the assessment of this minimum is, in the nature of things, relative.... It depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical or mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim etc."* (Judgement of 18<sup>th</sup> January 1987, series A no. 25 para. 162; see also the European Commission on Human Rights decision in *Jose Antonio URRUTIKOETXEA v. France*, Decision of 5<sup>th</sup> December 1996, p. 157). The treatment meted out to the victim in this case constitutes a breach of the provision of Article 5 of the Charter and the relevant international human rights instruments cited above. Also the denial of medical attention under health threatening conditions and access with the outside world do not fall into the province of 'the respect of the dignity inherent in a human being and to the recognition of his legal status', nor is it in line with the requirement of Principles 1 and 6 of the UN Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment. This, therefore, is a breach of article 5 of the Charter. »
  
- *Modise v. Botswana*, African Commission on Human and Peoples' Rights, Communication 97/93, 2000, § 92: interdiction de la torture et droit à la reconnaissance de sa personnalité juridique

#### **b. Droit à la vie**

- *John Khemraadi Baboeram, Andre Kamperveen, Cornelis Harold Riedewald, Gerald Leckie, Harry Sugrim Oemrawsingh, Somradj Robby Sohansingh, Lesley Paul Rahman and Edmund Alexander Hoost. v. Suriname*, Communication 146/1983 and 148 to 154/1983, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/40/40) at 187 (1985), §14.3: «*Article 6 (1) of the Covenant provides: "Every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his life."* **The right enshrined in this article is the supreme right of the human being. It follows that the deprivation of life by the authorities of the State is a matter of the utmost gravity.** This follows from the article as a whole and in particular is the reason why paragraph 2 of the article lays down that the death penalty may be imposed only for the most serious crimes. The requirements that the right shall be protected by law and that no one shall be arbitrarily deprived of his life mean that the law must strictly control and limit the circumstances in which a person may be deprived of his life by the authorities of a State. In the present case it is evident from the fact that 15 prominent persons lost their lives as a result of the deliberate action of the military police that the deprivation of life was intentional. The State party has failed to submit any evidence proving that these persons were shot while trying to escape. »

- *Husband of Maria Fanny Suarez de Guerrero v. Colombia*, Human Rights Committee, Communication R.11/45, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/37/40) at 137 (1982), §§12.2 et 13.1: «*The Committee notes that Decree No. 0070 of 1978 refers to a situation of disturbed public order in Colombia. The Committee also notes that the Government of Colombia in its note of 18 July 1980 to the Secretary-General of the United Nations (reproduced in document CCPR/C/2/Add.4), which was designed to comply with the formal requirements laid down in article 4 (3) of the Covenant, made reference to the existence of a state of siege in all the national territory since 1976 and to the necessity to adopt extraordinary measures within the framework of the legal regime provided for in the National Constitution for such situations. With regard to the rights guaranteed by the Covenant, the Government of Colombia declared that "temporary measures have been adopted that have the effect of limiting the application of article 19, paragraph 2, and article 21 of that Covenant". The Committee observes that the present case is not concerned with article 19 and 21 of the Covenant. It further observes that according to article 4 (2) of the Covenant there are several rights recognized by the Covenant which cannot be derogated from by a State party. These include articles 6 and 7 which have been invoked in the present case.*

*13.1 Article 6 (1) of the Covenant provides: Every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his life. The right enshrined in this article is the supreme right of the human being. It follows that the deprivation of life by the authorities of the State is a matter of the utmost gravity. This follows from the article as a whole and in particular is the reason why paragraph 2 of the article lays down that the death penalty may be imposed only for the most serious crimes. The requirements that the right shall be protected by law and that no one shall be arbitrarily deprived of his life mean that the law must strictly control and limit the circumstances in which a person may be deprived of his life by the authorities of a State. »*

- *Affaire McCann v. Royaume-Uni*, Requête 18984/91, Arrêt, Cour européenne des droits de l'homme, 5 septembre 1995, § 147: «

*Convention, auquel aucune dérogation ne saurait être*

*'article 3 (art. 15+3) de la Convention, il consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe (voir l'arrêt , p. 34, par. 88). Il faut donc en interpréter les dispositions de façon étroite. »*

- *Affaire Pretty v. Royaume Uni*, Requête 2346/02, Arrêt, Cour européenne des droits de l'homme, 29 avril 2002, § 37: «*Parmi les dispositions de la Convention qu'elle juge primordiales, la Cour, dans sa jurisprudence, accorde la prééminence à l'article 2 (McCann et autres c. Royaume-Uni, arrêt du 27 septembre 1995, série A n° 324, pp. 45-46, §§ 146-147). L'article 2 protège le droit à la vie, sans lequel la jouissance de l'un quelconque des autres droits et libertés garantis par la Convention serait illusoire. Il définit les circonstances limitées dans lesquelles il est permis d'infliger intentionnellement la mort, et la Cour a appliqué un contrôle strict chaque fois que pareilles exceptions ont été invoquées par des gouvernements défendeurs (ibidem, p. 46, §§ 149-150). »*
- *Affaire Streletz, Kessler et Krentz v. Allemagne*, Requêtes 34044/96, 35532/97 et 44801/98, Arrêt, Cour européenne des droits de l'homme, 22 mars 2001, §§ 92-94: «*92. A cet égard, la Cour note d'abord que, dans le cadre de l'évolution de cette protection, les conventions et autres instruments y relatifs n'ont cessé d'affirmer la prééminence du droit à la vie.*

93. Ainsi, déjà la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 a affirmé en son article 3 que « tout individu a droit à la vie ». Ce droit a été confirmé par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, ratifié par la RDA le 8 novembre 1974, qui dispose en son article 6 que « le droit à la vie est inhérent à la vie humaine » et que « nul ne peut être arbitrairement privé de sa vie » (paragraphe 40 ci-dessus). Il est également inscrit dans la Convention, dont l'article 2 § 1 est ainsi rédigé : « Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi. »

94. La convergence des instruments précités est significative : elle indique que le droit à la vie constitue un attribut inaliénable de la personne humaine et qu'il forme la valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme. »

- *Forum of Conscience v. Sierra Leone*, African Commission on Human and Peoples' Rights, Communication 223/98, 2000, § 19: «*Human beings are inviolable. Every human being shall be entitled to respect for his life... No one may be arbitrarily deprived of this right. 19. The right to life is the fulcrum of all other rights. It is the fountain through which other rights flow, and any violation of this right without due process amounts to arbitrary deprivation of life. Having found above that the trial of the 24 soldiers constituted a breach of due process of law as guaranteed under Article 7(1)(a) of the Charter, the Commission consequently finds their execution an arbitrary deprivation of their rights to life provided for in Article 4 of the Charter.* »

### **c. Interdiction de l'esclavage et de la servitude**

- *Malawi African Association and Others v. Mauritania*, African Commission on Human and Peoples' Rights, Communications 54/91, 61/91, 98/93, 164/97 à 196/97 and 210/98, 2000, §135: «*Independently from the justification given, by the defendant State, the Commission considers, in line with the provisions of article 23,3 of the Universal Declaration of Human Rights, that everyone who works has the right to just and favourable remuneration ensuring for himself and his family an existence worthy of human dignity, and supplemented, if necessary, by other means of social protection. These provisions are complemented by those of article 7 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. In view of the foregoing, the Commission deems that there was a violation of article 5 of the Charter due to practices analogous to slavery, and emphasises that unremunerated work is tantamount to a violation of the right to respect for the dignity inherent in the human being. It furthermore considers that the conditions to which the descendants of slaves are subjected clearly constitute exploitation and degradation of man; both practices condemned by the African Charter. However, the African Commission cannot conclude that there is a practice of slavery based on these evidences before it.* »
- *Affaire Iversen v. Norway*, Requête 5989/03, Commission européenne des droits de l'homme, 1962
- *Affaire Van Droogenbroeck v. Belgique*, Requête 7906/77, Arrêt, Cour européenne des droits de l'homme, 24 juin 1982, §§ 57 et suivants: esclavage et travail forcé
- *Affaire Van der Musselle v. Belgique*, Requête 8919/80, Arrêt, Cour européenne des droits de l'homme, 23 novembre 1983, §§ 30 et suivants: travail forcé

#### **d. Interdiction des lois pénales rétroactives**

- *Affaire de Becker v. Belgique*, Requête 214/56, Commission européenne des droits de l'homme, Rapport du 22 janvier 1960: non-rétroactivité des lois pénales

#### **e. Droits politiques**

- *Jorge Landinelli Silva et al. v. Uruguay*, Communication 34/1978, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 at 65, 1984, 8 avril 1981, § 8.4: «*In addition, even on the assumption that there exists a situation of emergency in Uruguay, the Human Rights Committee does not see what ground could be adduced to support the contention that, in order to restore peace and order, it was necessary to deprive all citizens, who as members of certain political groups had been candidates in the elections of 1966 and 1971, of any political right for a period as long as 15 years. This measure applies to everyone, without distinction as to whether he sought to promote his political opinions by peaceful means or by resorting to, or advocating the use of, violent means. The Government of Uruguay has failed to show that the interdiction of any kind of political dissent is required in order to deal with the alleged emergency situation and pave the way back to political freedom.* »

\*\*\*

## **VII. Bibliographie**

### **A. Sources**

#### **1. Jurisprudence**

##### **a. Cour Permanente de Justice internationale**

###### *i. Affaires contentieuses*

- *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, Allemagne v. Pologne, Recueil C.P.J.I 1926, Série A, N° 7, arrêt du 25 mai 1926
- *Affaire des droits des Minorités en Haute-Silésie, (Ecoles Minoritaires)*, Allemagne v. Pologne, Recueil C.P.J.I 1928 Série A, Jugement du 26 avril 1928
- *Affaire du Vapeur Wimbledon*, Royaume-Uni/France/Japon v. Pologne, Recueil C.P.J.I 1923 Série A, Jugements du 28 juin et 17 août 1923
- *Affaire du Lotus*, France v. Turquie, Recueil C.P.J.I Série A N° 10, 7 septembre 1927
- *Affaire Oscar Chinn*, Recueil C.P.J.I Série A/B, Arrêt du 12 décembre 1934

###### *ii. Affaires consultatives*

- *Décrets de nationalités en Tunisie et au Maroc*, Recueil C.P.J.I Série B N°4, 7 février 1923
- *Compétence des Tribunaux de Dantzig, Réclamations pécuniaires des fonctionnaires ferroviaires dantziens passés au service polonais contre l'administration polonaise des chemins de fer*, Recueil C.P.J.I Série B N° 15, 3 mars 1928
- *Affaire relative au régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche*, Allemagne v. Autriche, Recueil C.P.J.I 1931, Série A/B, Fascicule N° 41, 5 décembre 1931
- *Compatibilité de certains décrets-lois dantziens avec la Constitution de la Ville Libre*, Recueil C.P.J.I Série A/B, Fascicule N° 65, 4 décembre 1935

##### **b. Sentences arbitrales**

- *Affaire des Pêcheries des côtes septentrionales de l'Atlantique*, Etats-Unis v. Grande-Bretagne, Cour Permanente d'Arbitrage, Sentence Arbitrale du 7 septembre 1910
- *Affaire de l'Île de Palmas*, 1928, Pays-Bas v. Etats-Unis d'Amérique, Sentence Arbitrale du 4 avril 1928, R.S.A., Vol. II
- *Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du Sud de l'Afrique*, « Sentence Arbitrale « Naulilaa », Portugal v. Allemagne, 31 juillet 1928, R.S.A, vol. II,
- *Affaire Pablo Nájera*, 1928, France v. United Mexican States, Sentence Arbitrale du 19 octobre 1928, R.S.A., Vol. V (bréviaire)
- *Sentence arbitrale définitive du 30 juin 1930 concernant la responsabilité de l'Allemagne en raison des actes commis postérieurement au 31 juillet 1914 et avant que le Portugal ne participât à la guerre (Affaire Cysne)*, Portugal v. Allemagne, Recueil des Sentences arbitrales 1930, 30 juin 1930
- *Affaire de la délimitation de la frontière maritime*, Guinée-Bissau v. Sénégal, Sentence Arbitrale du 31 juillet 1989

- *Accès à l'information en application de l'article 9 de la Convention OSPAR*, Irlande v. Royaume-Uni, Sentence Arbitrale du Tribunal Arbitral OSPAR du 2 juillet 2003, at [http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag\\_id=1223](http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1223)

### c. Cour internationale de Justice

#### i. Affaires contentieuses

- *Affaire du Détroit de Corfou*, Royaume-Uni v. Albanie, Recueil C.I.J 1949, Fond, arrêt du 9 avril 1949
- *Affaire du Droit d'asile*, Colombie v. Pérou, C.I.J Recueil 1950, arrêt du 20 novembre 1950
- *Affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs*, Pays-Bas v. Suède, C.I.J Recueil 1958, arrêt du 28 novembre 1958
- *Affaire du droit de passage en territoire indien*, Portugal v. Inde, C.I.J Recueil 1960, arrêt du 12 avril 1960
- *Affaires du Sud-ouest Africain*, Ethiopie v. Afrique du Sud/ Libéria v. Afrique du Sud, Exceptions Préliminaires, Recueil C.I.J 1962, 21 décembre 1962
- *Affaires du Sud-ouest Africain*, Ethiopie v. Afrique du Sud/ Libéria v. Afrique du Sud, 2<sup>ème</sup> phase, fond, Recueil C.I.J 1966, 18 juillet 1966
- *Affaire du Plateau Continental de la Mer du Nord*, République Fédérale d'Allemagne v. Danemark/Pays-Bas, Recueil C.I.J 1969, fond, arrêt du 20 février 1969
- *Affaire Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Belgique v. Espagne, Recueil C.I.J 1970, fond, arrêt du 5 février 1970
- *Affaire des Essais Nucléaires*, Nouvelle-Zélande v. France, Fond, Recueil C.I.J 1974, arrêt du 20 décembre 1974
- *Affaires du Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, Etats-Unis d'Amérique v. Iran, Recueil C.I.J 1979, ordonnance sur la demande en indication en mesures conservatoires du 15 décembre 1979
- *Affaires du Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, Etats-Unis d'Amérique v. Iran, Recueil C.I.J 1980, fond, arrêt du 24 mai 1980
- *Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Nicaragua v. Etats-Unis d'Amérique, Recueil C.I.J 1986, fond, arrêt du 27 juin 1986
- *Affaire relative aux Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie*, Jamahiriya arabe libyenne v. Royaume-Uni/ Jamahiriya arabe libyenne v. Etats-Unis d'Amérique, Recueil C.I.J 1992, Demande en indication de mesures provisoires, ordonnance du 14 avril 1992
- *Affaire relative au Timor Oriental*, Portugal v. Australie, fond, Recueil C.I.J 1995, 30 juin 1995
- *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de Génocide*, Bosnie-Herzégovine v. Yougoslavie, exceptions préliminaires, Recueil C.I.J 1996 p. 595, 11 juillet 1996
- *Affaire relative au Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, République Démocratique du Congo v. Belgique, fond, Recueil C.I.J 2002, 14 février 2002
- *Demande en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996 en l'Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de Génocide*, Bosnie-Herzégovine v. Yougoslavie, exceptions préliminaires, Yougoslavie v. Bosnie-Herzégovine, Recueil C.I.J 2003, arrêt du 3 février 2003
- *Affaire des Plateformes pétrolières*, République Islamique d'Iran v. Etats-Unis, Recueil C.I.J, fond, arrêt du 6 novembre 2003

- *Armed Activities on the territory of the Congo*, Democratic Republic of Congo v. Uganda, fond, 19 décembre 2005
- *Armed Activities on the territory of the Congo*, Democratic Republic of Congo v. Rwanda, Jurisdiction of the Court and admissibility of the application, 3 février 2006
- *Affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Bosnie-Herzégovine v. Serbie-et-Monténégro, fond, Recueil C.I.J 2007, arrêt du 26 février 2007

#### ii. Affaires consultatives

- *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, Recueil C.I.J 1949 p. 174, 11 avril 1949
- *Interprétation des Traités de Paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, C.I.J Recueil p. 65, 30 mars 1950
- *Statut international du Sud-ouest Africain*, Recueil C.I.J 1951, 11 juillet 1951
- *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Recueil C.I.J 1951, 28 mai 1951
- *Admissibilité de l'audition des pétitionnaires par le Comité du Sud-ouest Africain*, C. I. J. Recueil 1956, p. 2, 1<sup>er</sup> juin 1956
- *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-ouest africain) nonobstant la résolution 276 du Conseil de sécurité*, Recueil C.I.J 1971, 21 juin 1971
- *Sahara Occidental*, Recueil C.I.J 1975, 16 octobre 1975
- *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, C.I.J Recueil 1996, 8 juillet 1996
- *Conséquences Juridiques de l'Edification d'un Mur dans le Territoire Palestinien Occupé*, Recueil C.I.J 2004, 9 juillet 2004
- *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance du Kosovo*, Requête pour avis consultatif, C.I.J. Recueil 2008, Ordonnance du 17 octobre 2008

#### d. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie

- *Le Procureur v. Dusko Tadic A/K/A Dule*, Decision on the Prosecutor's motion requesting protective measures for victims and witnesses, 10 août 1995
- *Le Procureur v. Milan Martić*, Examen de l'acte d'accusation dans le cadre de l'article 61, Chambre de première instance du TPIY, Affaire IT-95-11-AR61, 8 mars 1996
- *Le Procureur v. Drazen Erdemovic*, Jugement portant condamnation, Chambre de Première Instance, jugement du 29 novembre 1996
- *Le Procureur vs. Thomir Blaskic*, Arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de Première Instance rendue le 18 juillet 1997, Chambre d'Appel, TPIY, arrêt du 29 octobre 1997
- *Le Procureur v. Anto Furundzija*, Chambre de Première Instance, jugement du 10 décembre 1998
- *Affaire Procureur v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo, Camp de Celebici*, IT-96-21-T, Chambre de première instance, jugement du 16 novembre 1998
- *Procureur v. Zlatko Alekovski*, IT-95-14/1-T, Chambre de première instance, jugement du 25 juin 1999
- *Le Procureur v. Zoran Kupreskic and others*, Affaire IT-95-16-T, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, arrêt du 14 janvier 2000

- *Le Procureur v. Dusko Tadic*, Chambre d'Appel, arrêt concernant les jugements relatifs à la sentence, 22 janvier 2000
- *Le Procureur v. Thomir Blaskic*, IT-95-14-T, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, jugement du 3 mars 2000
- *Le Procureur v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, Zoran Vukovic*, Chambre de Première Instance, jugement du 22 février 2001
- *Procureur v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, IT-95-14/2-T, Chambre de première instance, jugement du 26 février 2001
- *Procureur v. Galic*, Affaire IT-98-29-A, Chambre d'appel, arrêt du 30 novembre 2006

#### **e. Tribunal Pénal International pour le Rwanda**

- *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Affaire N° ICTR-96-4-T, Chambre I, décision du 2 septembre 1998
- *Procureur v. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, Chambre de première instance I, jugement du 2 septembre 1998
- *Procureur v. Jean Kambanda*, ICTR-97-23-S, Chambre de première instance I, jugement du 4 septembre 1998
- *Procureur v. Omar Serushago*, ICTR-98-39-S, Chambre de première instance I, sentence, jugement du 5 février 1999
- *Procureur v. Clément Kayishima and Obed Ruzindana*, ICTR-95-1-T, Chambre de première instance II, jugement du 21 mai 1999
- *Procureur v. Alfred Musema*, ICTR-96-13-A, Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre de première instance, jugement du 27 janvier 2000
- *Procureur v. Rutaganda*, ICTR-96-3-A, Chambre d'appel, arrêt du 26 mai 2003
- *Procureur v. Semanza*, ICTR-97-20-A, Chambre d'appel, arrêt du 20 mai 2005
- *Procureur vs. Joseph Kanyabashi*, Chambre de première instance, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, 18 juin 1997

#### **f. Comité des droits de l'homme**

- *William Torres Ramirez v. Uruguay*, Communication 4/1977 (26 Janvier 1978), U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 (1984), 26 janvier 1978
- *Beatriz Weismann and Alcides Lanza Perdomo v. Uruguay*, Communication 8/1977, U.N. Doc. CCPR/C/9/D8/1977, 3 avril 1980
- *Jorge Landinelli Silva et al. v. Uruguay*, Communication 34/1978, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 (1984), 8 avril 1981
- *Sergio Euben Lopez Burgos v. Uruguay*, Communication R.12/52 (6 juin 1979), U.N. Doc. Supp. N° 40(A/36/40), (1981), 29 juillet 1981
- *Delia Saldias de Lopez v. Uruguay*, Communication 52/1979, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 (1984), 29 juillet 1981
- *Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay*, Communication 56/1979, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 (1984), 29 juillet 1981
- *Consuelo Salgar de Montejo v. Colombia*, Communication 64/1979, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 (1985), 24 mars 1982
- *Pedro Pablo Camargo v. Colombia*, Communication 45/1979, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 (1985), 31 mars 1982
- *David Alberto Cámpora Schweizer v. Uruguay*, Communication 66/1980, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2 (1990), 12 octobre 1982
- *Miguel Angel Estrella v. Uruguay*, Communication 74/1980, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2 (1990), 29 mars 1983

- *María del Carmen Almeida de Quinteros et al. v. Uruguay*, Communication 107/1981, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2 (1990), 21 juillet 1983
- *Tshitenge Muteba v. Zaire*, Communication 124/1982 (25 mars 1983), U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/39/40) (1984), 24 juillet 1984
- *John Khemraadi Baboeram, Andre Kamperveen, Cornelis Harold Riedewald, Gerald Leckie, Harry Sugrim Oemrawsingh, Somradj Robby Sohansingh, Lesley Paul Rahman and Edmund Alexander Hoost. v. Suriname*, Communication 146/1983 and 148 to 154/1983, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/40/40) (1985), 4 avril 1985
- *Smith v. Jamaica*, Communication 282/1988, U.N. Doc. CCPR/C/47/D/282/1988 (1993), 15 février 1988
- *Cañón García v. Ecuador*, Communication 319/1988, U.N. Doc. CCPR/C/43/D/319/1988 (1991), 4 juillet 1988
- *Antti Vuolanne v. Finlande*, Communication 265/1987, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/44/40) (1989), 8 juillet 1988 (admissibilité)
- *Karnel Singh Bhinder v. Canada*, Communication 208/1986, U.N. Doc. CCPR/C/37/D/208/1986 (1989), 25 octobre 1988
- *Mario Inés Torres v. Finlande*, Communication 291/1988, CCPR/C/38/D/291/1988 (1989), 30 mars 1989
- *Hugo van Alphen v. The Netherlands*, Communication 305/1988, U.N. Doc. CCPR/C/39/D/305/1988 (1990), 23 juillet 1990
- *Kindler v. Canada*, Communication 470/1991, U.N. Doc. CCPR/C/48/D/470/1991 (1993), 30 juillet 1993
- *Chitat Ng v. Canada*, Communication 469/1991, U.N. Doc. CCPR/C/49/D/469/1991 (1994), 5 novembre 1993
- *Rodríguez v. Uruguay*, Communication 322/1988, U.N. Doc. CCPR/C/51/D/322/1988 (1994), 19 juillet 1994
- *Blancov v. Nicaragua*, Communication 328/1988, U.N. Doc. CCPR/C/51/D/328/1988 (1994), 20 juillet 1994
- *A v. Australie*, Communication 560/1993, CCPR/C/59/D/560/1993 (1997), 4 avril 1995
- *Nabil Sayadi and Patricia Vinck v. Belgique*, Communication 1472/2006, U.N. Doc. CCPR/C/89/D/1472/2006, 22 octobre 2008

#### **g. Comité des Nations Unies contre la torture**

- *Ismaël Alan v. Suisse*, Communication 21/1995, CAT/C/16/D/21/1995, 31 janvier 1995

#### **h. Organes européens de protection des droits de l'homme**

##### *i. Cour européenne des droits de l'homme*

- *Affaire Lawless v. Irlande*, Requête 332/57, Arrêt Strasbourg, 1 juillet 1961
- *Affaire deBecker v. Belgique*, Requête 214/56, Arrêt Strasbourg, 27 mars 1962
- *Affaire Ringelsen v. Autriche*, Requête 2614/65, Arrêt Strasbourg, 16 juillet 1971
- *Affaire Golder v. Royaume-Uni*, Requête 4451/70, Arrêt, Strasbourg, 21 février 1975
- *Affaire Engel et autres v. Pays-Bas*, Requêtes 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5370/72, Arrêt, Strasbourg, 8 juin 1976
- *Affaire Handyside v. Royaume-Uni*, Requête 5493/72, Arrêt, Strasbourg, 7 décembre 1976
- *Affaire Irlande v. Royaume-Uni*, Requête 5310/71, Arrêt, Strasbourg, 18 janvier 1978
- *Affaire Tyrer v. Royaume-Uni*, Requête 5856/72, Arrêt, Strasbourg, 25 avril 1978
- *Affaire Klass v. Allemagne*, Requête 5029/71, Arrêt, Strasbourg, 6 septembre 1978

- *Affaire Airey v. Irlande*, Requête 6289/73, Arrêt, Strasbourg, 9 octobre 1979
- *Affaire Piersack v. Belgique*, Requête 8692/79, Arrêt, Strasbourg, 1 octobre 1982
- *Affaire Campbell et Fell v. Royaume-Uni*, Requêtes 7819/77 et 7878/77, Arrêt, Strasbourg, 28 juin 1984
- *Affaire Sramek v. Autriche*, Requêtes 8790/79, Arrêt Strasbourg, 22 octobre 1984
- *Affaire Abdulaziz, Cabales et Balkandali v. Royaume-Uni*, Requêtes 9214/80, 9473/81 et 9474/81, Arrêt Strasbourg, 28 mai 1985
- *Affaire Unterpertinger c. Autriche*, Requête 9120/80, Arrêt Strasbourg, 24 novembre 1986
- *Affaire H. v. Belgique*, Requête 8950/80, Arrêt Strasbourg, 30 novembre 1987
- *Affaire Bozano c. France*, Requête 9990/82, Arrêt Strasbourg, 18 décembre 1986
- *Affaire Belilos v. Suisse*, Requête 10328/83, Arrêt Strasbourg, 29 avril 1988
- *Affaire Brogan et autres c. Royaume Uni*, Requêtes 11209/84, 11234/84, 11266/84, 11386/85, Arrêt Strasbourg, 29 novembre 1988
- *Affaire Soering c. Royaume-Uni*, Requête 14038/88, Arrêt Strasbourg, 7 juillet 1989
- *Affaire Bricmont v. Belgique*, Requête 10857/84, Arrêt Strasbourg, 7 juillet 1989
- *Affaire Kostovski v. Pays-Bas*, Requête 11454/85, Arrêt Strasbourg, 20 novembre 1989
- *Affaire Fox, Campbell et Hartley v. Royaume-Uni*, Requêtes 12244/86, 12245/86 et 12383/86, Arrêt, Strasbourg, 30 août 1990
- *Affaire Delta v. France*, Requête 11444/85, Arrêt Strasbourg, 19 décembre 1990
- *Affaire Stocké v. Allemagne*, Requête 11755/85, Arrêt Strasbourg, 18 février 1991
- *Affaire Cruz Varas v. Suède*, Requête 15576/89, Arrêt Strasbourg, 20 mars 1991
- *Affaire Vilvarajah et autres v. Royaume-Uni*, Requêtes 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 et 13448/87, Arrêt Strasbourg, 30 octobre 1991
- *Affaire Tomasi v. France*, Requête 12850/87, Arrêt Strasbourg, 27 août 1992
- *Affaire Al-Adsani v. Royaume-Uni*, Requête 35763/97, Arrêt Strasbourg, 21 novembre 2001
- *Affaire Costello-Roberts v. Royaume-Uni*, Requête 13134/87, Arrêt, Strasbourg, 25 mars 1993
- *Affaire Brannigan and McBride v. Royaume-Uni*, Requêtes 14553/89 et 14554/89, Arrêt, Strasbourg, 26 mai 1993
- *Affaire Jersild v. Danemark*, Requête 15890/89, Arrêt, Strasbourg, 23 septembre 1994
- *Affaire Beaumartin v. France*, Requêtes 15287/89, Arrêt, Strasbourg, 24 novembre 1994
- *Affaire McCann et autres v. Royaume-Uni*, Requête 18984/91, Arrêt, Strasbourg, 5 septembre 1995
- *Affaire Singh v. Royaume-Uni*, Requête 23389/94, Arrêt Strasbourg, 26 février 1996
- *Affaire Chahal v. Turquie*, Requête 22414/93, Arrêt Strasbourg, 25 octobre 1996
- *Affaire Aksoy v. Turquie*, Requête 21987/93, Arrêt Strasbourg, 26 novembre 1996
- *Affaire Loizidou v. Turquie*, Requête 15318/89, Arrêt Strasbourg, 18 décembre 1996
- *Affaire Aydin c. Turquie*, Requête 23178/94, Arrêt Strasbourg, 25 septembre 1997
- *Affaire Sakik et autres v. Turquie*, Requêtes 23878/94, 23879/94, 23880/94, Arrêt, Strasbourg, 26 novembre 1997
- *Affaire Selçuk et Asker v. Turquie*, Requêtes 23184/94, 23185/94, Arrêt Strasbourg, 24 avril 1998
- *Affaire Kurt v. Turquie*, Requête 15/1997/799/1002, Arrêt Strasbourg, 25 mai 1998
- *Affaire Incal v. Turquie*, Requête 24276/94, Arrêt Strasbourg, 9 juin 1998
- *Affaire Ciraklar v. Turquie*, Requête 19601/92, Arrêt Strasbourg, 28 octobre 1998
- *Affaire Selmouni v. France*, Requête 25803/94, Arrêt Strasbourg, 28 juillet 1999
- *Affaire Salman v. Turquie*, Requête 21986/93, Arrêt Strasbourg, 27 juin 2000

- *Affaire Khan v. Royaume-Uni*, Requête 35394/97, Arrêt Strasbourg, 12 mai 2000, définitif 4 octobre 2000
- *Affaire Streletz, Kessler et Krentz v. Allemagne*, Requêtes 34044/96, 35532/97 et 44801/98, 22 mars 2001
- *Affaire Chypre c. Turquie*, Requête 25781/94, Arrêt Strasbourg, 10 mai 2001
- *Affaire Bankovic et autres v. Belgique et 16 autres Etats Contractants*, Requête 52207/99, Décision sur la recevabilité de la requête (Grande Chambre), Strasbourg, 19 décembre 2001
- *Affaire Hilal v. Turquie*, Requête 45276/99, Arrêt Strasbourg, 6 juin 2001
- *Affaire Pretty vs. Royaume-Uni*, Requête 2346/02, Arrêt Strasbourg, 29 avril 2002
- *Affaire Al-Nashif v. Bulgarie*, Requête 50963, Arrêt Strasbourg, 20 juin 2002, définitif 20 septembre 2002
- *Affaire Kalogeropoulou et autres v. Grèce et Allemagne*, Requête 59021/00, Décision sur la recevabilité, 12 décembre 2002
- *Affaire Öcalan v. Turquie*, Requête 46221/99, Arrêt Strasbourg, 12 mars 2003 et mai 2005
- *Affaire Mehdi Zana c. Turquie*, Requête 26982/95, Arrêt Strasbourg, 6 avril 2004, définitif 6 juillet 2004
- *Affaire Behrami et Behrami v. France et Saramati v. France, Allemagne et Norvège*, Requêtes 71412/01 et 78166/01, Décision sur la recevabilité, 2 mai 2007
- *Beric and Others v. Bosnie-Herzégovine*, Requêtes 36357/04, 36360/04, 38346/04, 41705/04, 45190/04, 45578/04, 45579/04, 45580/04, 91/05, 97/05, 100/05, 101/05, 1121/05, 1123/05, 1125/05, 1129/05, 1132/05, 1133/05, 1169/05, 1172/05, 1175/05, 1177/05, 1180/05, 1185/05, 20793/05 and 25496/05, Décision sur la recevabilité, 16 octobre 2007
- *Affaire Al-Jedda v. Royaume-Uni*, Requête 27021/08, Arrêt Strasbourg, 7 juillet 2011

#### ii. Commission européenne des droits de l'homme

- *Linguistiques Belges*, Requêtes 1474/62, 1677/62, 1961/62, 1769/63, 1994/63, 2126/62, Rapport de la Commission, 24 juin 1965
- *Sergio Bonzi v. Suisse*, Requête 7854/77, Décision du 12 juillet 1978 sur l'admissibilité de la requête
- *Chypre v. Turquie*, Requête 8007/77, Décision du 18 juillet 1978 sur l'admissibilité de la requête
- *Sutter v. Suisse*, Requête 8209/78, Décision du 11 juillet 1979 sur l'admissibilité de la requête
- *X v. Danemark*, Requête 9974/82, Décision du 2 mars 1983 sur l'admissibilité de la requête
- *X v. Suède*, Requête 10230/82, Décision du 11 mai 1983 sur l'admissibilité de la requête
- *France, Norvège, Danemark, Suède, Pays-Bas v. Turquie*, Requêtes 9940-9944/82, Décision du 6 décembre 1983 sur la recevabilité de la requête
- *Can v. Autriche*, Requêtes 9300/81, Décision du 14 décembre 1983 sur l'admissibilité de la requête
- *Joy Aylor-Davis v. France*, Requête 22742/93, Décision du 20 janvier 1994 sur l'admissibilité de la requête

### iii. Communautés européennes

- *Yassin Abdullah Kadi v. Conseil de l'Union Européenne*, Affaire T-315/01, Tribunal de Première Instance, jugement du 21 septembre 2005
- *Hassan v. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, Affaire T-403/06, Tribunal de première instance, jugement du 12 juillet 2006
- *Ayadi v. Conseil de l'Union européenne*, Affaire T-49/04, Tribunal de première instance, jugement du 12 juillet 2006
- *Organisation des Moudjahidines du peuple d'Iran vs. Conseil de l'Union européenne*, Affaire T-228/02, Tribunal de première Instance, jugement du 12 décembre 2006
- *Stichting Al-Aqsa vs. Conseil de l'Union Européenne*, Affaire T-327-03, Tribunal de première Instance, jugement du 11 juillet 2007
- *Sison vs. Conseil de l'Union Européenne*, Affaire T-47/03, Tribunal de première Instance jugement du 11 juillet 2007
- *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation v. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, Affaires jointes C-402/05 et C-415/05, Arrêt de la Grande Chambre du 3 septembre 2008
- *Yassin Abdullah Kadi v. la Commission européenne*, Affaire T-85/09, arrêt du Tribunal, des Communautés européennes, Arrêt 30 septembre 2010

### i. Commission africaine des droits de l'homme et des peuples

- *Constitutional Rights Project v. Nigeria*, Communication 60/91, 1995
- *Katangese Peoples' Congress v. Zaire*, Communication 75/92, 1995
- *Civil Liberties Organisation v. Nigeria*, Communication 129/94, mars 1995
- *Commission Nationale des Droits de l'Homme et des Libertés v. Tchad*, Communication 74/92, octobre 1995
- *Organisation Mondiale contre la Torture and Others v. Rwanda*, Communications 27/89, 46/91, 49/91, 99/93, octobre 1996
- *Annette Pagnouille on behalf of Abdoulaye Mazou v. Cameroon*, Communication 39/90, avril 1997
- *International Pen, Constitutional Rights Project, Interights on behalf of Ken Saro-Wiwa Jr. and Civil Liberties Organisation . Nigeria*, Communications 137/94, 139/94, 154/96, 161/97, 31 octobre 1998
- *Media Rights Agenda and Others v. Nigeria*, Communications 105/93, 128/94, 130/94, 152/96, 31 octobre 1998
- *Amnesty International and Others v. Sudan*, Communications 48/90, 50/91, 52/91, 83/93, 1999
- *Constitutional Rights Project, Civil Liberties Organisation and Media Rights Agenda v. Nigeria*, Communications 140/94, 141/94, 145/95, 15 novembre 1999
- *Dawda Jawara v. Gambia*, Communications 147/95, 149/96, 11 mai 2000
- *Malawi African Association and Others v. Mauritania*, Communication 54/91, 61/91, 98/93, 164/97, 196/97, 210/98, 11 mai 2000
- *John K. Modise v. Botswana*, Communication 97/93, novembre 2000
- *Forum of Conscience v. Sierra Leone*, Communication N° 223/98, novembre 2000
- *Huri-Laws v. Nigeria*, Communication 225/98, novembre 2000
- *Civil Liberties Organisation, Legal Defence Centre, Legal Defence and Assistance Project v. Nigeria*, Communication 218/98, avril-mai 2001
- *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria*, Communication 155/96, octobre 2001

- *Purohit and Moore v. Gambia*, Communication 241/2001, mai 2003
- *Curtis Francis Doebbler v. Soudan*, Communication 236/2000, mai 2003

## **j. Organes interaméricains de protection des droits de l'homme**

### *i. Commission interaméricaine des droits de l'homme*

- *Disabled Persons International, v. United States of America*, 1986
- *Case Lopez v. Argentina*, Resolution 15/87, 30 juin 1987, Case 9635
- *Case Roach and Pinkerton v. United States of America*, Report n° 3/87, case 96-47, 1987
- *Case Lopez v. Argentina*, Resolution 25/88, 13 septembre 1988, Case 9635, Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1987-1988
- *Case of Lopez Aurelli v. Argentina*, Resolution 22/88, 23 mars 1988, Case 9850, Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights, 1990-1991
- *Argentina, Report N° 28/92*, Cases 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 and 10.311, 2 octobre 1992
- *Case of Neira-Alegria et al. v. Peru*, Jugement, 19 janvier 1995, Series C, 20
- *Uruguay, Report N° 29/92*, Cases 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 and 10.375, 2 octobre 2002
- *Case of the Victims of the Tugboat "13 de Marzo" v. Cuba*, Report 47/96, Case 11.436, 16 octobre 1996
- *Juan Carlos Abella v. Argentina*, Report N° 55/97, Case 11.137, OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev., 18 novembre 1997
- *Case of Coard et al. v United States of America*, Report 109/99, Case 10.951, 29 septembre 1999
- *Case of Michael Domingues v. United States of America*, Report 62/02, Case 12.285, 22 octobre 2002

### *ii. Cour interaméricaine des droits de l'homme*

- *Advisory Opinion OC-2/82, The effect of reservations on the entry into force of the American Convention on human rights*, requested by the Inter-American Commission on Human Rights, 24 septembre 1982
- *Advisory Opinion OC-3/83, Restrictions to the death penalty, articles 4(2) and 4(4) of the American Convention on human rights*, requested by the Inter-American Commission on Human Rights, 8 septembre 1983
- *Advisory Opinion OC-8/87, Habeas Corpus in Emergency Situations, articles 27(2), 25(1) and 7(6) of the American Convention on human rights*, requested by the Inter-American Commission on Human Rights, 30 janvier 1987
- *Advisory Opinion OC-9/87, Judicial Guarantees in States of Emergency, articles 27(2), 25 and 8 of the American Convention on human rights*, requested by the Government of Uruguay, 6 octobre 1987
- *Advisory Opinion OC-10/89, Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man within the framework of article 64 of the American Convention on Human Rights*, requested by the Government of the Republic of Columbia, 14 juillet 1989
- *Advisory Opinion OC-18/03, Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants, requested by the United Mexican States*, 17 septembre 2003 at [http://www.iachr.org/Migrantes/seriea\\_18\\_ing.doc](http://www.iachr.org/Migrantes/seriea_18_ing.doc)
- *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, jugement du 29 juillet 1988 Series C N° 4, 1988

- *Case of Godínez Cruz v. Honduras*, jugement du 21 juillet 1989, Series C N° 8 (1989)
- *Case of Fairén Garbi and Solís Corrales v. Honduras*, Jugement du 15 mars 1989, Series C N° 6 (1989)
- *Case of Aloeboetoe et al. v. Suriname*, jugement du 10 septembre 1993, Series C, N° 15 (1993)
- *Case of Caballero Delgado and Santana v. Colombia*, jugement du 8 décembre 1995, Series C N° 22 (1995)
- *Case of Genie Lacayo v. Nicaragua*, jugement du 29 janvier 1997, Series C N° 30 (1997)
- *Case of Blake v. Guatemala*, jugement du 24 janvier 1998
- *Case of Bámaca Velásquez v. Guatemala*, Order of the Court 29 août 1988, Series E N° 2 (1998), 18 juin 1998
- *Case of Loayza Tamayo v. Peru*, Order of the Court, 29 août 1988, reprinted in 1998 Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights OEA/Ser.L/V/III.43, doc. 11 (1999)
- *Case of Castillo Petruzzi et al. v. Peru*, jugement du 30 mai 1999, Merits, Reparations and Costs
- *Case of Barrios Altos v. Peru*, jugement du 14 mai 2001, Series C No. 75 (2001), 14 mars 2001
- *Case of Cesti Hurtado v. Peru*, jugement du 31 mai 2001, Series C, N° 78 (2001)
- *Case of Cantoral Benavides v. Peru*, jugement du 3 décembre 2001, Series C N° 88 (2001)
- *Case of Durand and Ugarte v. Peru*, jugement du 3 décembre 2001, Series C N° 89 (2001)
- *Case of Ivcher Bronstein v. Peru*, jugement du 6 février 2001, Series C N° 74 (2001)
- *Case of Las Palmeras v. Columbia*, jugement du 6 décembre 2001, Series C N° 90 (2001)
- *Case of Goiburú v. Paraguay*, jugement du 22 septembre 2006, Serie C, N° 153
- *Case of Buenos-Alves v. Argentine*, jugement du 11 mai 2007, Serie C, N° 164 (2007)

#### **k. Tribunal Militaire de Nuremberg et pour l'Extrême-Orient**

- *United States of America v. Von Leeb (the High Command Case)*, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law N° 10, 1950
- *Trial of Wilhelm List and others, The Hostages Case*, Law Reports of Trials of War Criminals before Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law N° 10, février 1948, United Nations War Crimes Commission, 1950, Volume VIII
- *Etats-Unis v. Alfred Krupp von Bohlen und Halbach*, Trials of War criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law N°10, 31 juillet 1948
- *Trial of General Tomoyuki Yamashita*, United States Military Commission, Case N° 21, Manila, Law Reports of Trials of War Criminals. Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission, Volume IV, October - December 1945

#### **l. Jurisprudence des tribunaux internes**

##### *i. Royaume-Uni*

- *B.R v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte*, House of Lords, 25 novembre 1998
- *Secretary of State For The Home Department v. Rehman (AP)*, House of Lords, Opinion of the Lords of Appeal, 11 octobre 2001
- *Abbasi and another v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs & Secretary of State for the Home Department*, Supreme Court of Judicature, Court of Appeal

Divisions on appeal from High Court of Justice Queen's Bench Division Administrative and Divisional Court, 6 novembre 2002

- *A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent); X (FC) and another (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)*, 30 juillet 2002, Special Immigration Appeals Commission, Appeal N° SC/1-7/2002 et House of Lords, Opinions of the Lords of Appeal, 16 décembre 2004
- *Regina v. Secretary of State for the Home Department ex parte Khadir (FC)*, House of Lords, Opinion of the Lords of Appeal, 16 juin 2005
- *Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the Cause R (on the Application of Al-Jedda) (FC) (Appellant) v. Secretary of State for Defence (Respondent)*, (ci-après *Al-Jedda*), Chambre des Lords, Appellate Committee, 2007, UKHL 58, 12 décembre 2007
- *Her Majesty's Treasury (Respondent) v. Mahammed Jabar Ahmed and others (FC) (Appellants), Her Majesty's Treasury (Respondent) v. Mohammed al-Ghabra (FC) (Appellant), R (on the application of Hani El Sayed Sabaei Youssef (Respondent) v. Her Majesty's Treasury (Appellant)*, (ci-après *Ahmed*), Cour suprême du Royaume-Uni, Arrêt du 27 janvier 2010, 2010, UKSC 2, on appeal from [2008] EWCA Civ. 1187

ii. *Etats-Unis d'Amérique*

- *Roe v. Wade*, Supreme Court of the United States, Appeal from the United States District Court for the Northern District of Texas, 22 janvier 1973
- *Harris v. MacRae*, Supreme Court of the United States, Appeal from the United States District Court for the Eastern District of New York, 30 juin 1980
- *Isabel Morel De Letelier, et al v. The Republic of Chile et al*, Defendants Memorandum Opinion, United States District Court for the District of Columbia, Civil Action N° 78-1477, 11 mars 1980
- *Committee of US Citizens living in Nicaragua v. President Reagan*, United States Court of Appeals District of Columbia Circuit, 859 Fed. Rptr.2d 929, 1988
- *Argentina Republic v. Amerada Hess Shipping Corp. et al.*, U.S Court of Appeal for the Second Circuit, 23 janvier 1989
- *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, U.S 9th Circuit Court of Appeal, 22 mai 1992
- *Planned Parenthood of South-eastern Pennsylvania et al. v. Robert P. Casey et al.*, Supreme Court of the United States, 29 juin 1992
- *Saudi Arabia v. Nelson*, Supreme Court of the United States, 23 mars 1993
- *Hugo Princz v. Federal Republic of Germany*, U.S Court of Appeal of the District of Columbia Circuit, 1995
- *Smith v. The Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya et al.*, United State District Court, E.D. New York, 17 mai 1995
- *Daryl Renard Atkins v. Virginia*, Supreme Court of the United States, 20 février 2002
- *Coalition of Clergy, Lawyers and Professors v. Bush*, United States Court of Appeal for the Ninth District Circuit, Central District of California, 8 juillet 2002
- *North Jersey Media Group Inc. and New Jersey Law Journal v. John Ashcroft, Attorney General of the United States and Michael Creppy, Chief Immigration Judge of the United States*, United States Court of Appeal for the Third Circuit, 8 octobre 2002
- *Khaled A. F. Al Odah et al. v. United States of America et al.*, United States Court of Appeal, District of Columbia Circuit, 11 mars 2003
- *Center for National Security Studies et al., v. Department of Justice*, United States Court of Appeal, District of Columbia Circuit, 17 juin 2003

- *Yaser Esam Hamdi and Esam Fouad Hamdi v. Donald H. Rumsfeld, Secretary of Defense et al.*, Supreme Court of the United States, 28 juin 2004
- *Shafiq Rasul et al. v Bush President of the United States*, Supreme Court of the United States, 28 juin 2004
- *Donald H. Rumsfeld, Secretary of Defense v. Padilla et al.*, Supreme Court of the United States, 28 juin 2004

### iii. France

- *Affaire Klaus Barbie*, Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 20 décembre 1985, audience publique

### iv. Australie

- *Nulyarimma v Thompson; Buzzacott v Hill, Downer & Commonwealth of Australia*, Federal Court of Australia (Wilcox, Whitlam and Merkel JJ), 1 septembre, 1999, 1999, FCA 1192, 165 ALR 621

### v. Canada

- *Bouzari v. Islamic Republic of Iran*, Ontario Supreme Court of Justice, 1 mai 2002
- *Abdelrazik v. Canada (Minister of Foreign Affairs and the Attorney General)*, (ci-après *Abdelrazik*), Federal Court of Canada, 2009, T-727-08, FC 580, 2010, 1, Ottawa, mai-juin 2009

### vi. Israël

- *The Attorney General of the Government of Israel v. Eichmann*, District Court of Israel, 1961 et Supreme Court of Israel, 1962

### **m. Autres**

- Avis N° 1 du 29 novembre 1991, 2 du 11 janvier 1992, 9 et 10 du 4 juillet 1992, de la Commission d'arbitrage de la Conférence européenne pour la paix en Yougoslavie
- *Milorad Bilbija and Dragan Kalinic*, Case N° AP-953/05, Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine, 8 juillet 2006
- *Case of the Association of Citizens Mothers of Srebrenica v. The State of Netherlands and the United Nations*, Case Number 200.022.151/01, Cour d'Appel de La Haye, Arrêt du 30 mars 2010

## 2. Documents officiels et Résolutions

### a. Comité des droits de l'homme

- *General Comment 5, Article 4* (Thirteenth session, 1981). Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 5 (1994)
- *General Comment 6, Article 6* (Sixteenth session, 1982), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 6 (1994)
- *General Comment N° 7, Article 7* (Sixteenth session, 1982), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 7 (1994)
- *General Comment 20, Article 7* (Forty-fourth session, 1992), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 30 (1994)
- *General Comment 8, Article 9* (Sixteenth session, 1982), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 8 (1994)
- *Observation Générale N°24, les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des Protocoles facultatifs s'y rapportant, adoptée par le Comité à sa 1382<sup>ème</sup> séance, cinquante-deuxième session le 2 novembre 1994*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, 11 novembre 1994
- *Observation Générale N°29, Dérogations pendant un Etat d'urgence (article 4), adoptée par le Comité à sa 1950<sup>ème</sup> séance, le 24 juillet 2001*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 août 2001
- *General Comment N°31, Nature of the General Legal Obligation on States Parties to the Covenant*, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004)
- *General Comment N° 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial*, U.N. Doc. CCPR/C/GC/32 (2007).
- *Examen des rapports présentés par les Etats Parties conformément à l'article 40 du Pacte, Rapports Initiaux que les Etats devaient présenter en 1993, Etats-Unis d'Amérique, Additif*, UN Doc. CCPR/C/81/Add. 4, 24 août 1994
- *Examen des rapports présentés par les Etats Parties conformément à l'article 40 du Pacte, Observations finales du Comité des droits de l'homme, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Territoires d'Outre-mer du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Additif, soixante-dix-septième session*, CCPR/CO/73/UK/Add.2-CCPR/CO/UKOT/Add.2, 4 décembre 2002

### b. Comité des Droits Economiques, Sociaux et Culturels

- *Observation Générale N°3 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels*, 14 décembre 1990, Doc. E/1991/23
- *Questions de fond concernant la mise en œuvre du Pacte International relatif aux Droits Economiques, Sociaux et Culturels : Déclaration du Comité des Droits Economiques, Sociaux et Culturels des l'Organisation des Nations Unies à la troisième Conférence ministérielle de l'Organisation mondiale du commerce, vingt-et-unième session*, E/C.12/99/9, 26 novembre 1999

### **c. Comité des Nations Unies contre la Torture**

- *Statement of the Committee against torture, 27<sup>ème</sup> Session, 12-23 novembre 2001, CAT/C/XXVII/Misc.7, 22 novembre 2001*
- *Examen des rapports présentés par les Etats Parties en application de l'article 19 de la Convention, trente-troisième session, 15-26 novembre 2004, CAT/C/CR/33/3, 10 décembre 2004*

### **d. Assemblée générale des Nations Unies**

- *Résolution 1514 (XV), Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux, 947<sup>ème</sup> séance, 20 décembre 1960*
- *Résolution 1803 (XVII), Souveraineté permanente sur les ressources naturelles, 1197<sup>ème</sup> session, 18 décembre 1962*
- *Résolutions 2674 (XXV), 2676 (XXV) et 2677 (XXV), Respect des droits de l'homme en période de conflit armé, 1922<sup>ème</sup> séance, 9 décembre 1970*
- *Résolution 3281 (XXIX), Charte des droits et devoirs économiques des Etats, 2315<sup>ème</sup> séance, 12 décembre 1974*
- *Résolution 31/34, Importance, pour la garantie et l'observation effectives des droits de l'homme, de la réalisation universelle du droit des peuples à l'autodétermination et à l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux, 83<sup>ème</sup> séance, 30 novembre 1976*
- *Résolution 39/118, Human rights in the administration of justice, A/RES/39/118, 14 décembre 1984*
- *Résolution 40/33, Ensemble des règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs, Règles de Beijing, A/RES/40/33, 29 novembre 1985*
- *Résolution 41/128, Déclaration sur le droit au développement, 4 décembre 1986*
- *Résolution 43/161, Etat des Protocoles additionnels aux Conventions de Genève de 1949 relatifs à la protection des victimes des conflits armés, A/RES/43/161, 76<sup>ème</sup> séance, 9 décembre 1988*
- *Résolution 43/173, Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement, A/RES/43/173, 76<sup>ème</sup> séance, 9 décembre 1988*
- *Cérémonie de présentation de la Déclaration et du Plan d'action adoptés lors du Sommet mondial pour les enfants, Annexe : Déclaration mondiale en faveur de la protection et du développement de l'enfant et Plan d'action pour l'application de la Déclaration mondiale en faveur de la protection et du développement de l'enfant dans les années 90, A/45/625, 45<sup>ème</sup> session, 30 septembre 1990*
- *Résolution 45/110, United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures, The Tokyo Rules, 14 décembre 1990*
- *Résolution 45/113, Règles des Nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté, A/RES/45/113, 14 décembre 1990*
- *Résolution 47/133, Déclaration sur la protection de toutes les personnes contres les disparitions forcées, A/RES/47/133, 18 décembre 1992, U.N. Doc. A/47/49 (1993)*
- *Déclaration et Programme d'Action de Vienne, Conférence Mondiale sur les droits de l'homme, 14-25 juin 1993, A/CONF/157/23, 12 juillet 1993*

- *Lettres identiques datées du 1<sup>er</sup> août 2002, adressées au Président de l'Assemblée générale et au Président du Conseil de sécurité par le Secrétaire Général, cinquante-septième session et annexe : Rapport du Groupe de réflexion sur les implications du terrorisme pour les politiques de l'ONU, A/57/273-S/2002/875, 1<sup>er</sup> août 2002*
- *Résolution 57/219, Protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, 77<sup>ème</sup> séance, cinquante-septième session, A/RES/57/219, 18 décembre 2002*
- *Inadmissibilité des violations des droits de l'homme par la pratique de la détention secrète et des transferts illicites, Promotion et protection des droits de l'homme : questions relatives aux droits de l'homme, y compris les divers moyens de mieux assurer l'exercice effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales, soixante-et-unième session, Troisième Commission, A/C.3/61/L.30/Rev.1, 16 novembre 2006*
- *Civil and political rights, including the questions of independence of the judiciary, administration of justice and impunity, Promotion and protection of human rights: human rights questions, including alternative approaches for improving the effective enjoyment of human rights and fundamental freedoms, soixante-deuxième session, A/62/207, 6 août 2007*
- *Protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte anti-terroriste, Rapport du Secrétaire Général, Promotion et protection des droits de l'homme : questions relatives aux droits de l'homme, y compris les divers moyens de mieux assurer l'exercice effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales, soixante-deuxième session, A/62/298, 24 août 2007*
- *Résolution 61/295, Déclaration des Nations Unies sur le droit des peuples autochtones, soixante-et-unième session, A/RES/61/295, 2 octobre 2007*

#### **e. Conseil Economique et Social des Nations Unies**

- *Resolution 1989/64, Implementation of the safeguards guaranteeing protection of the rights of those facing the death penalty, 15th plenary meeting, 24 mai 1989*
- *Statement on Globalization, 11 mai 1998*
- *Capital punishment and implementation of the safeguards guaranteeing protection of the rights of those facing the death penalty, Report of the Secretary-General, Substantive Session of 2005, E/2005/3, juillet 2005*

#### **f. Commission du droit international**

- *Reservations to Multilateral Conventions, Report by Mr. J. L. Brierly, Special Rapporteur, Yearbook of the International Law Commission, 1951, vol. II, Documents of the third session, A/CN.4/41, 6 avril 1951, pp. 1-17*
- *Report on the Law of Treaties by Mr. Hersch Lauterpacht, Special Rapporteur, E/CN.4/63, 24 mars 1953, Yearbook of the International Law Commission 1953, vol. II*
- *Report of the International Law Commission, covering the work of its fifteenth session, May 6-July 12 1963, reproduit dans American Journal of International Law, vol.58, 1964, pp. 241-330*
- *Quatrième Rapport sur la responsabilité des Etats, présenté par M. James Crawford, Rapporteur Spécial, cinquante-troisième session, A/CN.4/517, 2 avril 2001*
- *Texte d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, A/RES/56/83, 12 décembre 2001 et commentaires*
- *Effets des Conflits armés sur les Traités : examen de la pratique et de la doctrine, Etude du Secrétariat, cinquante-septième session, mai-août 2005, A/CN.4/550, 1<sup>er</sup> février 2005*

- *Fragmentation du Droit International. Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, Rapport du Groupe d'Etude de la Commission du droit international, établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi, cinquante-huitième session, mai-août 2006, A/CN.4/L.682, 13 avril 2006*
- *Fragmentation du Droit International. Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, Rapport du Groupe d'Etude de la Commission du droit international, cinquante-huitième session, mai-août 2006, A/CN.4/L.702, 28 juillet 2006*
- *Annuaire de la Commission du droit international (version anglophone Yearbook of the International Law Commission), sur les débats et l'adoption de la Convention de Vienne sur le droit des Traités*

#### **g. Commission des droits de l'homme**

- *Comité de rédaction de la Déclaration Internationale des droits de l'homme, Première session, Rapport du Comité de Rédaction à la Commission des droits de l'homme, E/CN.4/21, 1<sup>er</sup> juillet 1947*
- *Compilation of the Comments Governments on the Draft International Covenant on Human Rights and on the Proposed Additional Articles, Sixième Session, E/CN.4/365 and Corr.1, 22 et 29 mars 1950*
- *Report of the Working Group of Governmental Experts on the Right to Development, 38<sup>ème</sup> Session, février-mars 1982, E/CN.4/1489, 11 février 1982*
- *Question of the Violation of Human Rights and Fundamental Freedoms in any part of the World, with particular reference to colonial and dependent countries and territories, Preliminary Report of the Special Representative of the Commission, Mr. Andres Aquilar on the Human Rights Situation in the Islamic Republic of Iran, 41<sup>ème</sup> Session, E/CN.4/1985/20, 1 février 1985*
- *Question de la violation des droits de l'homme et des libertés fondamentales où qu'elle se produise dans le monde, en particulier dans les pays et territoires coloniaux ou dépendants, Situation des droits de l'homme dans le Koweït Occupé, Rapport sur la situation des droits de l'homme dans le Koweït sous occupation iraquienne, établi par M. Walter Kalin, Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, conformément à la résolution 1991/67 de la Commission, quarante-huitième session E/CN.4/1992/26, 16 janvier 1992*
- *Question des droits de l'homme de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement, question des disparitions forcées ou involontaires, Rapport du Groupe de travail sur la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, quarante-huitième session, E/CN.4/1992/19/Rev.1, 31 janvier 1992*
- *Administration de la Justice, Etat de droit et Démocratie, Question des droits de l'homme et des états d'exception, Huitième rapport annuel et liste des Etats qui, depuis le 1er janvier 1985, ont proclamé, prorogé ou abrogé un état d'exception, présenté par M. Leandro Despouy, rapporteur spécial nommé en application de la résolution 1985/37 du Conseil économique et social, Additif, quarante-septième session, E/CN.4/Sub.2/1995/20/Add.1, 10 novembre 1995*
- *Promotion et Protection des droits de l'homme : Règles d'humanité fondamentales Rapport du Secrétaire général présenté conformément à la résolution 2000/69 de la Commission des droits de l'homme, cinquante-septième session, E/CN.4/2001/91, 12 janvier 2001*

- *Promotion et Protection des droits de l'homme, Règles d'humanité fondamentales Rapport du Secrétaire général présenté conformément à la décision 2001/112 de la Commission des droits de l'homme, cinquante-huitième session, E/CN.4/2002/103, 20 décembre 2001*
- *Rapport du Haut-commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme et suivi de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, cinquante-huitième session, E/CN.4/2002/18, 27 février 2002*
- *Droits civils et politiques, notamment la question de la torture et de la détention Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire, Président-Rapporteur: M. Louis JOINET, cinquante-neuvième session, E/CN.4/2003/8, 16 décembre 2002*
- *Droits civils et politiques, et notamment, questions de la torture et de la détention, Rapport soumis par le Rapporteur Spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants conformément à la résolution 2002/38 de la Commission, cinquante-neuvième session, E/CN.4/2003/68, 17 décembre 2002*
- *Report of the High Commissioner for Human Rights and Follow-up of the World Conference on human rights, Written statement submitted by International Federation for Human Rights (FIDH), cinquante-neuvième session, E/CN.4/2003/NGO/247, 5 février 2003*
- *Promotion and Protection of Human Rights, Fundamental Standards of Humanity, Report by the Secretary General, Commission of Human Rights, Sixtieth Session, E/CN.4/2004/90, 25 février 2004*
- *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international relative aux droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, Résolution 2005/35, E/CN.4/2005/35, 61<sup>ème</sup> session, 20 avril 2005*
- *Administration of Justice, Rule of Law and Democracy, Working paper on the relationship between human rights law and international humanitarian law by Françoise Hampson and Ibrahim Salama, Sub-commission on the Promotion and Protection of Human Rights, cinquante-septième session, E/CN.4/Sub.2/2005/14, 21 juin 2005*
- *Administration de la Justice, Etat de droit et Démocratie, Question des droits de l'homme et des états d'exception, Liste des États qui ont proclamé ou prorogé un État d'exception, Rapport du Haut-commissariat aux droits de l'homme soumis en application de la décision 1998/108 de la Commission des droits de l'homme, cinquante-septième session, E/CN.4/Sub.2 /2005/6, 7 juillet 2005*
- *Civil and Political Rights, including the question of torture and detention, Report of the Working Group on Arbitrary Detention, Chairperson-Rapporteur: Leïla Zerrougui, soixante-deuxième session, E/CN.4/2006/7, 12 décembre 2005*
- *Promotion et protection des droits de l'homme: Protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte anti-terroriste, Rapport du Haut-commissaire aux droits de l'homme, soixante-deuxième session, E/CN.4/2006/94, 16 février 2006*

#### **h. Conseil des droits de l'homme**

- *Implementation of General Assembly Resolution 60/251 of 15 March 2006 entitled « Human Rights Council », the question of death penalty, Report of the Secretary General, quatrième session, A/HRC/4/78, 13 février 2007*
- *Application de la Résolution 60/251 de l'Assemblée générale du 15 mars 2006 intitulée « Conseil des droits de l'homme », Rapport du Secrétaire général sur les droits de l'homme dans l'administration de la justice, en particulier la justice pour mineurs, quatrième session, A/HRC/4/102, 12 mars 2007*

### **i. Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités**

- *Observations Générales concernant la détention lorsque l'état d'urgence ou de siège est proclamé*, Document présenté à la Sous-Commission à sa trentième session, août 1977 et intitulé « La question des droits de l'homme dans les cas de personnes soumises à toute forme de détention ou d'emprisonnement », Résumé analytique, E/CN.4/Sub.2/394, 5 juillet 1977
- *Résolution 10 (XXX), La question des droits de l'homme dans le cas de personnes soumises à toute forme de détention ou d'emprisonnement*, 797<sup>ème</sup> séance, trentième session, 31 août 1977, E/CN.4/1261-E/CN.4/Sub.2/399
- *Etude sur les conséquences pour les droits de l'homme des situations dites d'état de siège ou d'exception*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1982/15, trente-cinquième session, 27 juillet 1982 présentée par le Rapporteur spécial, Mme Nicole Questiaux *The Administration of Justice and Human Rights of Detainees: Implementation of the right to derogation provided for under Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights and violations of Human Rights: Explanatory paper on the best way of undertaking the drawing up and updating of a list of Countries which proclaim or terminate a state of emergency each year, and the submission of an annual report to the Commission on Human Rights containing reliably attested information on compliance with the rules, internal and international, guaranteeing the legality of the introduction of a state of emergency prepared by Mr. L. Despouy (Argentina)*, 38<sup>ème</sup> Session, E/CN.4/Sub.2/1985/19, 17 juin 1985
- *The Individual's Duties to the Community and the Limitations on Human Rights and Freedoms under Article 29 of the Universal Declaration of Human Rights*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/432/Rev.2 (1982), report of the Special Rapporteur Erica-Irène Daes *L'administration de la justice et les droits de l'homme des détenus : Droit à un procès équitable, Rapport du Secrétaire général établi en application de la résolution 1993/26 de la Sous-Commission, quarante-sixième session*, E/CN.4/Sub.2/1994/26, 13 juin 1994
- *The Administration of Justice and the Human Rights of Detainees: Question of Human Rights and States of Emergency, Eighth Annual Report and List of States, which since 1 January 1985, have proclaimed, extended or terminated a state of emergency, presented by Mr. Leandro Despouy, Special Rapporteur*, 47<sup>ème</sup> Session, E/CN.4/Sub.2/1995/20 et Add.1, 26 juin 1995
- *Résolution 1995/33, Question des droits de l'homme et des états d'exception, quarante-septième session*, juillet-août 1995, E/CN.4/1996/2-E/CN.4/Sub.2/1995/51
- *Règles humanitaires minimales, Rapport soumis par le Secrétaire Général en application de la Résolution 1997/21 de la Commission des droits de l'homme, cinquante-quatrième Session de la Commission des droits de l'homme*, 5 janvier 1998, E/CN.4/1998/87

### **j. Institutions européennes**

- *Travaux Préparatoires de l'Article 15 de la Convention Européenne des droits de l'homme*, Document d'information établi par le Secrétariat de la Commission, 22 mai 1956, Strasbourg, DH (56) 4, Commission Européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe
- *Travaux Préparatoires de l'Article 6 de la Convention Européenne des droits de l'homme*, Document d'information établi par le Secrétariat de la Commission, 9 août 1956, Strasbourg, DH (56) 11, Commission Européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe
- *Problèmes découlant de la coexistence des Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme et de la Convention Européenne des droits de l'homme*, Différences quant aux

*droits garantis, Rapport du Comité d'experts en matière de droits de l'homme au Comité des Ministres, H(70)7, Strasbourg, 25 septembre 1970*

- *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights/ Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme, Direction des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, La Haye, Martinius Nijhoff, 1975 et suivantes*
- *Universalité des droits de l'homme dans un monde pluraliste: actes du colloque organisé par le Conseil de l'Europe en collaboration avec l'Institut des droits de l'homme, Strasbourg, avril 1989, Kehl am Rhein, Strasbourg, N.P. Engel, 1990, 193 p.*
- *5<sup>ème</sup> Colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme : actes : organisé conjointement par le Gouvernement de la République Fédérale d'Allemagne et par le Secrétariat général du Conseil de l'Europe : Francfort, avril 1980, Paris, Pedone, 1982*
- *7<sup>ème</sup> Colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme, organisé par le Secrétariat général du Conseil de l'Europe : Oslo/Lund, mai 1990, Rapport Final du Colloque, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 1990*
- *8<sup>ème</sup> Colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme : actes : Budapest, septembre 1995, organisé par le Secrétariat général du Conseil de l'Europe, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 1996*
- *HAMPSON, Françoise J., Study on Human Rights during situations of armed conflict, internal disturbances and tensions, CCDH(2001)02rev, Council of Europe Steering Committee for Human Rights, 16<sup>th</sup> Meeting, janvier 2001*
- *Opinion of the Commissioner for human rights, Mr. Alvaro Gil-Robles, on certain aspects of the United Kingdom 2001 derogation from Article 5 par. 1 of the European Convention on Human Rights, CommDH(2002)7, Strasbourg, 28 août 2002, <https://wcd.coe.int>, consulté le 17 mars 2008*
- *Guidelines on human rights and the fight against terrorism, adopted by the Committee of Ministers on 11 July 2002 at the 804<sup>th</sup> meeting of the Ministers' Deputies, Directorate General of Human Rights, décembre 2002*

#### **k. Organisation pour la Sécurité et la Coopération en Europe**

- *Acte Final d'Helsinki, 1<sup>er</sup> août 1975, <http://www.hrni.org>, consulté le 24 mars 2008*
- *Document de la conférence sur la dimension humaine de la CSCE, Copenhague, 29 juin 1990, [www.osce.org/docs/english/1990-1999/hd/cope90e.pdf](http://www.osce.org/docs/english/1990-1999/hd/cope90e.pdf), consulté le 12 janvier 2008*
- *Charte de Paris pour une nouvelle Europe, 21 novembre 1990, [http://www.hrni.org/files/instruments/HRNi\\_FR\\_944.html](http://www.hrni.org/files/instruments/HRNi_FR_944.html), consulté le 24 mars 2008*
- *Document de la conférence sur la dimension humaine de la CSCE, Moscou, 3 octobre 1991, [www.osce.org/docs/french/1990-1999/hd/mosc91f.pdf](http://www.osce.org/docs/french/1990-1999/hd/mosc91f.pdf), consulté le 12 janvier 2008*
- *CSCE, Document de Helsinki 1992, Les défis du changement, Déclaration du Sommet de Helsinki, 10 juillet 1992, <http://www.hrni.org>, consulté le 24 mars 2008*
- *Décisions de la Réunion de Rome du Conseil, la CSCE et la nouvelle Europe- Notre Sécurité est indivisible, Quatrième Réunion du Conseil de la CSCE, 1<sup>er</sup> décembre 1993, [http://www.hrni.org/files/instruments/HRNi\\_FR\\_946.html](http://www.hrni.org/files/instruments/HRNi_FR_946.html), consulté le 24 mars 2008*
- *Code de conduite relatif aux aspects politico-militaires de la sécurité, Budapest, 3 décembre 1994, Comité spécial de la CSCE pour la coopération en matière de sécurité, DOC.FSC/1/95, [www.osce.org/documents/fsc/1994/12/4270\\_Fr.pdf](http://www.osce.org/documents/fsc/1994/12/4270_Fr.pdf), consulté le 12 janvier 2008*

## **I. Institutions interaméricaines des droits de l'homme**

- *Report on the Status of Human Rights in Chile*, Commission interaméricaine des droits de l'homme, OEA/Ser.L/V/II.34, 25 octobre 1974
- *Development of the Situation of Human Rights in Paraguay*, Commission interaméricaine des droits de l'homme, 1978
- *Report on the Situation of Human Rights in Paraguay and Uruguay*, Commission interaméricaine des droits de l'homme, OEA/Ser.L/V/II.43, 31 janvier 1978
- *Report on the Situation of Human Rights in Argentina*, Commission interaméricaine des droits de l'homme, OEA/Ser.L/V/II. 49, 11 avril 1980
- *Annual Report 1980-1981: General Situation of Human Rights in the Member States of the OAS*, Commission interaméricaine des droits de l'homme OEA/Ser.L/V/II.54, 16 octobre 1981
- *Report on the Situation of Human Rights in Chile*, Commission interaméricaine des droits de l'homme, OEA/Ser.L/V/II.66, 9 septembre 1985
- *Annual Report 1985-1986: Situation of Human Rights in several States*, Commission interaméricaine des droits de l'homme
- *Report on the Situation of Human Rights in Paraguay*, Commission interaméricaine des droits de l'homme, OEA/Ser.L/V/II.71, 28 septembre 1987
- *Annual Report 1987-1988: Paraguay*, Commission interaméricaine des droits de l'homme, OEA/Ser.L/V/II.74, 16 septembre 1988
- *Report on Terrorism and Human Rights*, OEA/Ser.L/V/II.116, 22 octobre 2002, Commission interaméricaine des droits de l'homme
- *Precautionary Measures in Guantanamo Bay, Cuba*, 13 mars 2002, [www1.umn.edu/humanrts/iachr/guantanamoasures2002.html](http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/guantanamoasures2002.html), consulté le 17 mars 2008, Commission interaméricaine des droits de l'homme
- *Résolution 19/04 (XXXII-O/02), Promotion and respect of international humanitarian law*, 4 juin 2002, Assemblée générale de l'Organisation des Etats Américains, 4<sup>ème</sup> session plénière
- *Résolution 19/06 (XXXII-O/02), Human Rights and Terrorism*, 4 juin 2002, Assemblée générale de l'Organisation des Etats Américains, 4<sup>ème</sup> session plénière
- *Résolution 19/07 (XXXII-O/02), Promotion of Democracy*, 4 juin 2002, Assemblée générale de l'Organisation des Etats Américains, 4<sup>ème</sup> session plénière

## **m. Institutions africaines des droits de l'homme**

- *African Human Rights Law Reports 2005*, Pretoria University Law Press, 2007

## **n. Comité International de la Croix-Rouge**

- *Commission I: Victimes de la guerre et respect du droit international humanitaire, XXVI<sup>ème</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Rapport sur le suivi de la Conférence internationale pour la protection des victimes de la guerre*, in *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, N° 817, 1996, pp. 38-44
- *International Humanitarian Law and Other Legal Regimes: Interplay in Situations of Violence, Report prepared by the ICRC, XXVII<sup>th</sup> Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law*, in collaboration with the International Institute of Humanitarian Law, San Remo, novembre 2003
- *Etude sur le droit humanitaire coutumier*, DOSWALD-BECK, Louise, HENCKAERTS, Jean-Marie, Bruxelles, Bruylant, 2006

## **o. Législations nationales**

- *Anti-Terrorism, Crime and Security Act*, 2001, Royaume-Uni
- *Bill C-36/Projet de Loi C-36*, House of Commons/Chambres des Communes, Canada, 15 octobre 2001
- *Terrorism (Northern Ireland) Act 2006*, Royaume-Uni, 16 février 2006

## **p. Autres**

- *La protection internationale dans le cadre européen: Travaux du Colloque sur la Convention européenne des droits de l'homme, organisé par la Faculté de droit et des sciences économiques et politiques de Strasbourg, en liaison avec la Direction des droits de l'homme du Conseil de l'Europe, 14-15 novembre 1960*, Paris, Dalloz, 1961, 428 p.
- *Respect des droits de l'homme en période de conflit armé. Résolution XXIII adoptée par la Conférence internationale des droits de l'homme*, Téhéran, 12 mai 1968
- *Diplock Report, Report of the Commission to Consider Legal Procedures to deal with Terrorist Activities in Northern Ireland*, presented to British Parliament by the Secretary of State for Northern Ireland by Command of Her Majesty, décembre 1972
- *New Problems of extradition, Twelfth Commission, Rapporteur: Mr Karl Doehring*, Session of Cambridge 1983, Institute of International Law
- *Human Rights and States of Emergency, Report of the Committee on the Enforcement of Human Rights Law to the 60<sup>th</sup> Conference*, International Law Association, Montreal, 1982 voir aussi le sessions de 1984 de Paris et de 1988 de Varsovie
- *Les clauses échappatoires en matière d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, Quatrième Colloque du Département des droits de l'homme, Université Catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 1982
- *States of emergency: their impact on human rights: a study prepared by the International Commission of Jurists*, Geneva, ICJ, 1983, reproduit dans *Human Rights Quarterly*, vol. 6, 1984, pp. 125-142
- *Syracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, elaborated by an international group of experts in a Symposium held in Syracuse in 1984, reproduit in *Human Rights Quarterly*, vol. 7, 1985, pp. 3-14
- *Basic Principles on the Independence of the Judiciary*, adopted by the Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders held at Milan from 26 August to 6 September 1985 and endorsed by General Assembly resolutions 40/32 of 29 November 1985 and 40/146 of 13 December 1985
- *Human Rights: Status of International Instruments*, Centre for Human Rights, Geneva, New York, United Nations, 1987, 336 p.
- *Oslo Statement on Norms and Procedures in Times of Public Emergency or Internal Violence*, 17 juin 1987, reproduit dans *Netherlands Journal on Human Rights*, vol. 3, 1987
- *Basic Principles on the Role of Lawyers*, adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, Cuba, 27 August to 7 September 1990
- *Declaration of Minimum Humanitarian Standards*, Turku/Abö, 2 décembre 1990, [web.abo.fi/instut/imr/publications/publications\\_online\\_text.htm](http://web.abo.fi/instut/imr/publications/publications_online_text.htm), consulté le 29 février 2008
- *Human Rights: the new consensus*, Regency Press Humanity in association with the United Nations High Commissioner for Refugees, Londres, Regency Press, 1994, 304 p.

- *Rapport de la Réunion d'Experts sur les droits non susceptibles de dérogation dans les Etats ou situations d'exception, Annexe 1 du 8<sup>ème</sup> Rapport annuel et liste des Etats qui, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1985, ont proclamé, prorogé ou abrogé un état d'exception, E/CN.4Sub.2/1995/20, présenté par M. Leandro Despouy, Rapporteur Spécial à la quarante-septième Session de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, 31 juillet-25 août 1995, reproduit dans PREMONT, Daniel, STENERSEN, Christian, OSEREDCZUK, Isabelle (Eds.), *Droits Intangibles et Etats d'Exception*, Bruxelles, Organisation Internationale et Relations Internationales N°36, Association de Consultants Internationaux en droits de l'homme, Bruylant, 1996, pp.1-25*
- *Administration of the death penalty in the United States*, International Commission of Jurists, Report 1997, reproduit in *Human Rights Quarterly*, vol. 19, 1997, pp. 165-213
- *L'application du droit international humanitaire et des droits fondamentaux de l'homme dans les conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques, Résolution de Berlin du 25 août 1999, quatorzième Commission, Session de Berlin 1999, Rapporteur Milan Sahovice*, Institut de Droit International,
- *The African Court on Human Rights : Presentation, analysis and commentary : the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights establishing the Court*, Association for the Prevention of Torture, 2000, 28 p.
- *The Impact of Al-Adsani v. the United Kingdom, Towards an Effective and Enforceable Civil Remedy for Reparation for Torture in the United Kingdom*, Report of a meeting convened by Redress at the House of Lords on 13 February 2002, Redress
- *Human Rights in the Administration of Justice, A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers, Chapter 16: The administration of justice during States of Emergency, Professional Training Series N° 9*, Office of the High Commissioner for Human Rights in association with the International Bar Association, Genève/New-York, 2003
- *Expert Meeting on the Right to Life in Armed Conflicts and situations of Occupation*, University Centre of International Humanitarian Law, 1-2 septembre 2005

### **3. Traités internationaux**

#### **a. Nations Unies**

- *Charte des Nations Unies*, San Francisco, 26 juin 1945
- *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, 9 décembre 1948
- *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats*, Washington, 18 mars 1965
- *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, New York, 19 décembre 1966
- *Pacte international relatif aux économiques, sociaux et culturels*, New York, 19 décembre 1966
- *Convention de Vienne sur le droit des traités*, Vienne, 23 mai 1969
- *Convention de Vienne sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales entre elles*, Vienne, 21 mars 1986
- *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, Montego Bay, 10 décembre 1982
- *Convention de Vienne sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales*, Vienne, 21 mars 1986
- *Accord relatif à l'application de la partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, New York, 28 juillet 1994

- *Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*, A/HRC/1/L.2, 22 juin 2006

#### **b. Système africain de protection des droits de l'homme**

- *Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples*, adoptée le 27 juin 1981 à Nairobi, lors de la Dix-huitième Conférence de l'Organisation de l'Unité Africaine,
- *Charte Africaine des Droits et du Bien-être de l'Enfant*, adoptée par la Vingt-sixième Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement de l'OUA, Addis-Abeba, Ethiopie, juillet 1990
- *Projet de Protocole à la Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux Droits de la Femme en Afrique*, adopté par la Réunion des Ministres, Addis-Abeba, Ethiopie, 28 mars 2003

#### **c. Ligue des Etats arabes**

- *Charte arabe des droits de l'homme*, Le Caire, 15 septembre 14

#### **d. Système européen de protection des droits de l'homme**

- *Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Rome, 4 novembre 1950

#### **e. Système interaméricain de protection des droits de l'homme**

- *Convention interaméricaine relative aux droits de l'homme*, San José, 22 novembre 1969
- *Protocole à la Convention interaméricaine relative aux droits de l'homme traitant de l'abolition de la peine de mort*, Asunción, 8 juin 1990
- *Convention interaméricaine sur les disparitions forcées*, Belém, 6 septembre 1994

#### **f. Traités de droit international humanitaire**

- *Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, 12 août 1949
- *Convention (II) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, 12 août 1949
- *Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, 12 août 1949
- *Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, 12 août 1949
- *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*, 8 juin 1977
- *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)*, 8 juin 1977
- *Instructions de 1863 pour les armées en campagne des Etats-Unis d'Amérique (Lieber Code)*
- *Déclaration à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre. Saint-Pétersbourg*, 11 décembre 1868
- *Projet d'une Déclaration internationale concernant les lois et coutumes de la guerre*, Bruxelles, 27 août 1874

- *Convention (II) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye, 29 juillet 1899*
- *Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye, 18 octobre 1907*
- *Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination, Genève, 10 octobre 1980*
- *Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction, Paris le 13 janvier 1993*
- *Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction, 18 septembre 1997*
- *Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et statut du tribunal international militaire, Londres, 8 août 1945*

#### **g. Droit international pénal**

- *Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, 26 novembre 1968*
- *Statut du Tribunal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie, 25 mai 1993*
- *Statut du Tribunal criminel international chargé de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de tels actes ou violations commis sur le territoire d'États voisins entre le 1er janvier et le 31 décembre 1994, 8 novembre 1994*
- *Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998*
- *Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, La Haye, 14 mai 1954*
- *Protocole pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, La Haye, 14 mai 1954*

## B. Travaux

### 1. Ouvrages

#### a. Général et Histoire du droit international

- BALLESTRO, Anne, et al., *Boutros Boutros-Ghali amicorum discipulorumque liber : paix, développement, démocratie/ Peace, development, democracy*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 1635 p.
- BERNHARDT, Rudolf, (Dir.), *Encyclopaedia of public international law*, publié sous les auspices du Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Amsterdam/Londres, North-Holland/Elsevier, 1995, 1510 p.
- BLACK, Henry Campbell, *Black's Law Dictionary*, 2<sup>ème</sup> Edition de Poche, St-Paul, Thompson West, 2004, 796 p.
- BLUNTSCHLI, Johann Caspar, *Le Droit International Codifié*, 3<sup>ème</sup> Edition, Librairie Guillaumin, Paris, 1881, 601 p.
- BRIERLY, James, Leslie, *The Basis of Obligation in International Law and other Papers*, Oxford, Clarendon Press, 1958, 387 p.
- BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, 6<sup>ème</sup> Edition, Oxford, Oxford University Press, 2003, 742 p.
- BUERGENTHAL, Thomas, MURPHY, Sean D., *Public International Law in a nutshell*, 3<sup>ème</sup> Edition, St-Paul Minnesota, West Group, 2003, 388 p.
- BYERS, Michael, *Custom, power and the power of rules: international relations and customary international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, 250 p.
- BYERS, Michael, (Ed.), *The Politics of Law-Making: Are the Method and Character of Norm Creation Changing*, Oxford, Oxford University Press, 2000
- CARBONNIER, Jean, *Flexible droit-textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, 7<sup>ème</sup> Edition, Paris, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1992, 419 p.
- CARREAU, Dominique, *Droit International*, 7<sup>ème</sup> Edition, Paris, Etudes Internationales, Editions Pedone, 2001
- CASSESE, Antonio, WEILER, Joseph H.H., (Eds.), *Change and stability in international law-making*, Berlin/New-York, W. De Gruyter, 1988, 214 p.
- CORNU, Gérard, (Dir.), *Vocabulaire Juridique*, 8<sup>ème</sup> Edition, Paris, Presses Universitaires de France, 2007, 986 p.
- DUPUY, Pierre-Marie, *Droit International Public*, 7<sup>ème</sup> Edition, Paris, Droit Public Science Politique, Editions Dalloz, 2004
- EINSTEIN, Albert, *Ideas and Opinions: Based on my Weltbild*, New York, Wings Books, 1954, 377 p.
- ELIAS, O.A., LIM, C.L., *The Paradox of Consensualism in International Law*, La Haye, Kluwer Law International, 1998, 322 p.
- GOLDSMITH, Jack L., POSNER, Eric A., *The Limits of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 262 p.
- GOODWIN-GILL, Guy, TALMON, Stefan, (Eds.), *The reality of international law: essays in honour of Ian Brownlie*, Oxford, Clarendon Press, 2003, 592 p.
- GRANT, John P., BARKER, J. Craig, *Encyclopaedic Dictionary of International Law*, New York, Oceana Publications, 2004
- GROTIUS, Hugo, *Le droit de la guerre et de la paix (Traduction par P. Pradier-Fodéré)*, édité par D. Alland et S. Goyard-Fabre, Paris, Presses Universitaires de France, 1999, 868 p.

- GUGGENHEIM, Paul, *Traité de droit international public*, Genève, Georg, 1953, 2 volumes
- HENKIN, Louis, *International Law: politics and values*, Dordrecht, Boston, Martinus Nijhoff, 1995, 376 p.
- JAMES, William, *Some Problems of Philosophy: A beginning of an Introduction to Philosophy*, London/New York, Longmans Green and Co, 1911, 236 p.
- JANAWAY, Christopher, *Self and World in Schopenhauer's Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 378 p.
- JULLIEN, François, *Traité de l'efficacité*, Paris, Grasset, 1996, 234 p.
- KELSEN, Hans, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Harvard University Press, 1945, 516 p.
- KELSEN, Hans, *Principles of International Law*, 2<sup>ème</sup> Edition, New-York, Rinehart, 1966, 602 p.
- KISSINGER, Henry A., *Diplomatie*, Paris, Fayard, 1996, 860 p.
- KORSGAARD, Christine M., *The sources of Normativity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 273 p.
- LAGHMANI, Slim, *Histoire du droit des gens, du jus gentium imperial au jus publicum europaeum*, Paris, Pedone, 2003, 222 p.
- LOCKE, John, *Traité du gouvernement civil*, 2<sup>ème</sup> Edition, Paris, Flammarion, 1992, 381 p.
- MACINTYRE, Alasdair C., *After Virtue: A study in moral theory*, 2<sup>ème</sup> Edition, Londres, Duckworth, 1985, 286 p.
- MACNAIR, Arnold Duncan, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, 789 p.
- MAKARCZYK, Jerzy, (Ed.), *Theory of International Law at the threshold of the 21<sup>st</sup> century: essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, 1008 p.
- NUSSBAUM, Arthur, *A concise history of the law of nations*, New-York, Macmillan, 1954, 376 p.
- OPPENHEIM, Lassa Francis Lawrence, *International law: a treatise*, 2<sup>ème</sup> Edition, Londres, Longmans Green, 1912, 941 p.
- PAULSON, Stanley L., LITSCHESKI PAULSON, Bonnie, (Eds.), *Normativity and Norms: critical perspectives on Kelsenian themes*, Oxford, Clarendon Press, 1998, 627 p.
- PECZENIK, Aleksander, *On law and reason*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishing, 1989, 443 p.
- REUTER, Paul, *Introduction to the Law of Treaties*, 2<sup>nd</sup> Edition, Londres/ New-York, Keagan Paul International, 1995, 296 p.
- REY, Alain, (sous la dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Dictionnaires le Robert, 1992
- ROULAND, Norbert, *Introduction historique au droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1998, 755 p.
- ROUSSEAU, Charles, *Principes généraux du droit international public*, Paris, Pedone, 1944, 975 p.
- SALMON, Jean, (Dir.), *Dictionnaire de Droit International Public*, Bruxelles, Bruylant, Universités Francophones, 2001
- SCHLAG, Pierre, *The enchantment of Reason*, Duke University Press, Durham and London, 1998, 160 p.
- SCHWARZENBERGER, Georg, *A manual of international law*, Londres, Stevens and Sons, 1967, (5<sup>th</sup> Edition), 701 p. et 1978 (6<sup>th</sup> Edition), 612 p.
- SINCLAIR, Ian McTaggart, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2<sup>ème</sup> Edition Manchester/Dover, Manchester University Press, 1984, 270 p.

- SUAREZ, Francisco, *De legibus*, traduit du latin par Jean-Paul Coujou, Paris, Dalloz, 2005, 688 p.
- TARSKI, Alfred, *Introduction to Logic and to the Methodology of Deductive Sciences*, New York, Oxford University Press, 1946, 239 p.
- THIBIERGE, Catherine et al., *La Force normative : la naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2009, 891 p.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Histoire du droit international public*, Paris, Economica, 1995, 188 p.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Doctrines sur le fondement du droit des gens*, 2<sup>ème</sup> Edition, Paris, Pedone, 2007, 157 p.
- VAN HOOFF, Godefridus, J.H., *Rethinking Sources of International Law*, Deventer/Antwerp, Kluwer, 1983, 322 p.
- VATTEL, Emer de, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Washington, Carnegie Institution of Washington, 1916, 3 volumes, 541 p., 375 p., 398 p.
- VATTEL, Emer de, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Genève, Slatkine Reprints, Henry Dunant Institute, 1983, 541 p., 375 p., 398 p.
- VON NIEMEYER, Hans Gerd, *Einstweilige Verfügungen des Weltgerichtshofs, ihr Wesen und ihre Grenzen*, Leipzig, R. Noske, 1932, 108 p.
- WHITE, James Boyd, *When Words loose their meaning. Constitutions and Reconstitutions of Language, Character and Community*, Chicago, University of Chicago Press, 1984, 377 p.
- WOLFF, Christian, *Jus Gentium, Methodo scientifica pretractatum, 1679-1754*, Oxford, Clarendon Press London, H. Milford, 1934, 2 volumes
- YEE, Sienho, TIEYA, Wang, (Eds.), *International Law in the Post-Cold War world: essays in memory of Li Happei*, Londres, Routledge, 2001, 529 p.
- *Mélanges offerts à Henri Rolin: problèmes de droit des gens*, Paris, Pedone, 1964, 536 p.
- *Mélanges offerts à Juraj Andrassy*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1968, 365 p.
- *Mélanges offerts à Paul Reuter: le droit international, unité et diversité*, Paris, Pédone, 1981, 584 p.
- *Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grossen*, Publié par la Faculté de Droit et des Sciences économiques de l'Université de Neuchâtel, Bâle/Francfort-sur-le-Main, Editions Helbing & Lichtenhahn, 1992, 527 p.
- *Vitoria et Suarez, Contribution des théologiens au droit international moderne*, Paris, Pedone, 1939, 278 p.

#### **b. Sociologie et philosophie du droit international**

- BATIFFOL, Henri, *La Philosophie du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1962, 127 p.
- CARBONNIER, Jean, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, 7<sup>ème</sup> Edition, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992, 419 p.
- CASTBERG, Frede, *La Philosophie du droit*, Paris, Pedone, 1970, 148 p.
- DURKHEIM, Emile, *Les règles de la méthode sociologique*, 12<sup>ème</sup> Edition, Paris, Presses Universitaires de France, 2004, 149 p.
- EINSTEIN, Albert, *Ideas and Opinions: Based on my Weltbild*, New York, Wings Books, 1954, 377 p.
- FISH, Stanley, *Doing what comes naturally: change, rhetoric, and the practice of theory in literary and legal studies*, Durham/London, Duke University Press, 2007, 613 p.

- FISH, Stanley, *Is there a text in this class?: the authority of interpretive communities*, Cambridge/London, Harvard University Press, 1982, 394 p.
- JAMES, William, *Some Problems of Philosophy: A beginning of an Introduction to Philosophy*, London/New York, Longmans Green and Co, 1911, 236 p.
- KANT, Emmanuel, *Critique de la raison pure*, traduit par A. Tremesaygues et E. Pacaud, 6<sup>ème</sup> Edition, Paris Gallimard, 1968,
- MINTO, William, *Logic, Inductive and Deductive*, Londres, Cambridge Scholars Publishing, 1896, 373 p.
- NIETZSCHE, Friedrich, *The Portable Nietzsche*, New York/London, Penguin Books, 1976, 692 p.
- PESCATORE, Pierre, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, Centre Universitaire de l'Etat, 1960, 592 p.
- OST, François, VAN DER KERCHOVE, François, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires de Saint-Louis, 1987, 602 p.
- OST, François, VAN DER KERCHOVE, François, *De la Pyramide en réseau : Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires de Saint-Louis, 2002, 596 p.
- TARSKI, Alfred, *Introduction to Logic and to the Methodology of Deductive Sciences*, New York, Oxford University Press, 1946, 239 p.
- VON NIEMEYER, Hans Gerd, *Einstweilige Verfügungen des Weltgerichtshofs, ihr Wesen und ihre Grenzen*, Leipzig, R. Noske, 1932, 108 p.

### c. Droits de l'homme

- BREITENMOSER, Stephan, (Ed.), *Human Rights, Democracy and the Rule of Law. Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Zurich, Dike/Baden-Baden, Nomos, 2007
- BRIBOSIA, Emmanuelle, HENNEBEL, Ludovic, (Dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 398 p.
- BRÖHMER, Jürgen, et al., (Eds.), *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte: Festschrift für Georg Ress zum 70 Geburtstag am 21 Januar 2005*, Cologne, C. Heymann, 2005, 1647 p.
- BROWNLIE, Ian, GOODWIN-GILL, Guy S., (Eds.), *Basic Documents on human rights*, 4<sup>ème</sup> Edition, Oxford, Oxford University Press, 2002, 896 p.
- BUERGENTHAL, Thomas, *International Human Rights in a nutshell*, St-Paul, West, 1990, 283 p.
- BUERGENTHAL, Thomas, KISS, Alexander, *La protection internationale des droits de l'homme : précis*, Kehl, Strasbourg, N.P. Engel, 1991, 261 p.
- CAMPBELL, Tom, et al., (Ed.), *Human Rights: from rhetoric to reality*, Oxford, New-York, B. Blackwell, 1986 262 p.
- CAMERON, Iain, *National Security and the European Convention on Human Rights*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, 479 p.
- CASSESE, Antonio, *Human Rights in a changing world*, Cambridge, Polity Press, 1994, 245 p.
- CLAUDE, Richard Pierre, WESTON, Burns H., (Eds.), *Human Rights in the World Community: issues and action*, 2<sup>ème</sup> Edition, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1992, 463 p.
- CHEROT, Jean-Yves, (Dir.), *Les droits sociaux fondamentaux à l'âge de la mondialisation*, Laboratoire de théorie du droit, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, 325 p.

- CHETAİL, Vincent, (Ed.), *Conflicts, sécurité et coopération/ Conflicts, security and cooperation: liber amicorum Victor-Yves Gheballi*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 615 p.
- CLAYTON, Richard, TOMLINSON, Hugh, *The law of human rights*, 2<sup>ème</sup> Edition, Oxford, Oxford University Press, 2008, 2 vol.
- CONDE, H. Victor, *A handbook of international human rights terminology*, Lincoln, Londres, University of Nebraska Press, 2004, 393 p.
- CRANSTON, Maurice, *What are human rights?*, New-York, Basic Books, 1962, 105 p.
- DELMAS-MARTY, Mireille, et al., (Dir.), *Libertés et droits fondamentaux : Introduction, textes et commentaires*, Paris, Editions du Seuil, 1996, 398 p.
- DONNELLY, Jack, *Universal Human Rights in theory and practice*, Ithaca, Londres, Cornell University Press, 1989, 295 p.
- DONNELLY, Jack, *International human rights*, 2<sup>ème</sup> Edition, Boulder, Westview Press, 1998, 216 p.
- DUNNE, Tim, WHEELER, Nicholas J., (Eds.), *Human rights in global politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 337 p.
- EIDE, Asbjørn, SCHOU, August, (Eds.), *International Protection of human rights: proceedings of the seventh Nobel Symposium, Oslo*, septembre 1967, Stockholm, Almqvist and Wiksell, 1968, 300 p.
- EIDE, Asbjørn, HELGESEN, Jan, *The future of human rights protection in a changing world: fifty years since the four freedoms address: essays in honour of Torkel Opsahl*, Oslo, Norwegian University Press, 1991, 239 p.
- EVANS, Tony, (Ed.), *Human Rights fifty years on: a reappraisal* Manchester, New-York, Manchester University Press, 1998, 237 p.
- FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1982, 425 p.
- FORSYTHE, David P., *Human Rights in International Relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 247 p.
- GOMIEN, Donna, (Ed.), *Broadening the frontiers of Human Rights: essays in honour of Asbjørn Eide*, Oslo, Scandinavian University Press, 1993, 312 p.
- GRIESEL, Etienne Jacques, *Droits fondamentaux : Libertés idéales*, Berne, Stämpfli, 2008, 205 p.
- GROSS, Oren, NI AOLAIN, Fionnuala, *Law in Times of Crisis, Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 481 p.
- HANNUM, Hurst, (Ed.), *Guide to international human rights practice*, 4<sup>ème</sup> Edition, Ardsley New-York, Transnational Publishers, 2004, 391 p.
- HENKIN, Louis, HARGROVE, John Lawrence, (Eds.), *Human Rights: an agenda for the next century*, Washington D.C., The American Society of International Law, 1994, 187 p.
- ISHAY, Micheline R., (Ed.), *The Human Rights reader: major political writings, essays, speeches, and documents from the Bible to present*, Londres, New-York, Routledge, 1997, 518 p.
- ISHAY, Micheline R., *The History of Human Rights: from ancient times to the globalization era*, Berkeley, University of California Press, 2004, 450 p.
- JOSEPH, Sarah, et al, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 985 p.
- KOHEN, Marcelo, (Ed.), *Promoting justice, human rights and conflict resolution through international law/ La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international : Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007, 1236 p.
- LAUTERPACHT, Hersch, *International Law and Human rights*, Londres, Stevens, 1950, 475 p.

- LIJNZAAD, Liesbeth, *Reservations to UN- Human Rights treaties: ratify or ruin?*, Dordrecht, Boston, Martinus Nijhoff, 1995, 448 p.
- LILLICH, Richard B, et al., *International human rights: problems of law, policy and practice*, 4<sup>ème</sup> Edition, New-York, Aspen Publications, 2006, 1176 p.
- MACDOUGAL, Myres S., LASSWELL, Harold D., CHEN, Lung-chu, *Human Rights and World Public Order, The Basic Policies of an International Law of Human Dignity*, New Heaven et Londres, Yale University Press, 1980, 1016 p.
- MATSCHER, Franz, PETZOLD, Herbert, *Protecting human rights: the European dimension: studies in honour of Gérard J. Wiarda/ Protection des droits de l'homme: la dimension européenne: mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Cologne/Berlin, C. Heymann, 1988, 750 p.
- MERON, Theodor, *Human Rights in International Law: legal and policy issues*, Oxford, Clarendon Press, 1984, 566 p.
- PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio, *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J, 2004, 497 p.
- PROVOST, René, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 418 p.
- ROSAS, Allan, HELGESEN, Jan, (Eds.), *Human Rights in changing East-West perspective*, Londres/New-York, Pinter Publishing, 1990, 375 p.
- SEIDERMAN, Ian D., *Hierarchy in International Law: the Human Rights Dimension*, Anvers, Intersentia, 2001
- SOHN, Louis, BUERGENTHAL, Thomas, *International Protection of Human Rights*, Indianapolis/Kansas City, Bobbs-Merrill Corp., 1973, 1402 p.
- STEINER, Henry J., ALSTON Philip, GOODMAN, Ryan, *International human rights in context: law, politics, morals: text and materials*, 3<sup>ème</sup> Edition, Oxford, Oxford University Press, 2008, 1492 p.
- SYMONIDES, Janusz, *Human Rights: Concepts and Standards*, Aldershot, Ashgate, 2000, 373 p.
- TAVERNIER, Paul, *Actualité de la jurisprudence pénale internationale à l'heure de la mise en place de la Cour Pénale Internationale*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 281 p.
- TOMUSCHAT, Christian, *Human Rights: Between Idealism and Realism*, New York, Academy of European Law, European University Law, Oxford University Press, 2003, 333 p.
- VASAK, Karel, ALSTON Philip, (Eds.), *The international dimensions of human rights/Les dimensions internationales des droits de l'homme*, Westport Connecticut, Greenwood Press/Paris, UNESCO, 1982, 755 p.
- WARNER, Daniel, (Ed.), *Human Rights and Humanitarian Law: The Quest for Universality*, La Haye, Martinus Nijhoff, Nijhoff Law Specials N°29, 1997, 145 p.
- WESTON, Burns H., CLAUDE, Richard P., (Eds.), *Human Rights in the World Community: Issues and Action*, 2<sup>ème</sup> Edition, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1992, p.
- ZIEMELE, Intea, (Ed.), *Reservations to human rights treaties and the Vienna Convention regime: conflict, harmony or reconciliation*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, 319 p.
- *Human Rights: Status of International Instruments*, Centre for Human Rights, Geneva, New York, United Nations, 1987, 336 p.
- *Karel Vasak amicorum liber: les droits de l'homme à l'aube du XX<sup>ème</sup> siècle/ los derechos humanos ante el siglo XX/ Human rights at the dawn of the twenty-first century*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 1189 p.

- *Les clauses échappatoires en matière d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, Université Catholique de Louvain, Colloque du Département des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 1982, 188 p.

#### **d. Sur les notions d'indérogeabilité et d'intangibilité**

- DE FROUVILLE, Olivier, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international. Régime conventionnel des droits de l'homme et droit des traités*, Paris, Pedone, 2004
- MEYER-BISCH, Patrice, (Ed.), *Le noyau intangible des droits de l'homme : actes du VII<sup>ème</sup> Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme*, Fribourg, Editions Universitaires, 1991, 272 p.
- MEYER-BISCH, Patrice, *Le corps des droits de l'homme: l'indivisibilité comme principe d'interprétation et de mise en œuvre des droits de l'homme*, Fribourg, Editions Universitaires, 1992, 401 p.
- MEYERS, Diana T., *Inalienable Rights: A defence*, New York, Columbia University Press, 1985, 215 p. (Fribourg)
- PREMONT, Daniel, STENERSEN, Christian, OSEREDCZUK, Isabelle, (Eds.), *Droits Intangibles et Etats d'Exception*, Bruxelles, Organisation Internationale et Relations Internationales N°36, Association de Consultants Internationaux en droits de l'homme, Bruylant, 1996, 562 p.

#### **e. Sur la hiérarchie des normes internationales**

- DE HOOGH, André, *Obligations erga omnes and international crimes : a theoretical inquiry into the implementation and enforcement of the international responsibility of States*, La Haye, Londres, Kluwer Law International, 1996, 465 p.
- DIACONU, Ion, *Contribution à une étude sur les normes impératives en droit international*, Thèse présentée à l'Université de Genève, Bucarest, Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, 1971, 185 p.
- HANNIKAINEN, Lauri, *Peremptory norms (jus cogens) in international law: historical development, criteria, present status*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus, Finnish Lawyers' Publishing Co., 1988, 781 p.
- KOLB, Robert, *Le Jus Cogens international: essai de relecture du concept*, Paris, Presses Universitaires de France, 2001, 401 p.
- MAIA, Catherine, *Le concept de Jus Cogens en droit international public*, Thèse de droit, Université de Bourgogne, 2006
- OLSON, Terry, *Le droit international, le droit européen et la hiérarchie des normes*, Paris, Presses Universitaires de France, 2006, 59 p.
- ORAKHELASHVILI, Alexander, *Peremptory norms in international law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 622 p.
- RAGAZZI, Maurizio, *The concept of international obligations Erga Omnes*, Oxford, Clarendon Press, 2002, 262 p.
- ROZAKIS, Christos L., *The concept of Jus Cogens in the law of treaties*, Amsterdam, New-York, North Holland, 1976, 206 p.
- SUY, Erik, *Rapport sur le Jus Cogens en droit international public*, Conférence de droit international, Lagonissi, Grèce, avril 1966, Genève, Centre Européen de la Dotation Carnegie, 1967
- SZTUCKI, Jerzy, *Jus cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties: a critical appraisal*, Wien, New-York, Springer-Verlag, 1974, 204 p.

- TAMS, Christian J., *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 359 p.
- TOMUSCHAT, Christian, THOUVENIN, Jean-Marc, (Eds.), *The fundamental rules of the international legal order: "jus cogens" and obligations "erga omnes"*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, 471 p.
- WEILER, Joseph H.H., CASSESE, Antonio, SPINEDI, Marina, (Eds.), *International Crimes of State: a critical analysis of the ILC's draft article 19 on State responsibility*, Berlin, New-York, W. de Gruyter, 1989, 368 p.
- YARWOOD, Lisa, «State Accountability under International Law: Holding States Accountable for a Breach of *Jus Cogens* Norms», London/New York, Routledge, 2011, 182 p.

#### **f. Sur la notion d'ordre public international**

- MOSLER, Hermann, *The International society as a legal community*, Alphen aan den Rijn, Germantown Mtd, Sijthoff and Noordhoff, 1980, 327 p.
- REDOR, Marie-Joëlle, (Dir.), *L'ordre public: ordre public ou ordres publics, ordre public et droits fondamentaux : actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000*, Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 2001, 436 p.

#### **g. Sur les instruments et les organes de protection des droits de l'homme**

- ALSTON, Philip (Ed.), *The United Nations and Human Rights: a critical appraisal* Oxford, Clarendon Press, 1995, 765 p.
- ALSTON, Philip, CRAWFORD, James (Eds.), *J. The Future of Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 2000, 563 p.
- ANKUMAH, Evelyn. A., *The African Commission on Human and Peoples' Rights: Practice and procedures*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1996, 246 p.
- BLOED, Arie, LEICHT, Liselotte, NOWAK, Manfred, (Eds.), *Monitoring Human Rights in Europe. Comparing International Procedures and Mechanisms*, Dordrecht/Boston, Martinus Nijhoff, 1993, 338 p.
- BOSSUYT, Marc, *Guide to the "Travaux Préparatoires" of the ICCPR*, Dordrecht/Boston, Martinus Nijhoff, 1987, 851 p.
- BUERGENTHAL, Thomas, NORRIS, Robert E., *Human Rights: the Inter-American system*, Dobbs Ferry New-York, Oceana, 1983-1993
- BUERGENTHAL, Thomas, NORRIS, Robert E., SHELTON, Dinah, *Protecting human rights in the Americas: selected problems*, 3<sup>ème</sup> Edition, Kehl/Strasbourg, N.P. Engel, 1990, 561 p.
- BUERGENTHAL, Thomas, NORRIS, Robert E., SHELTON, Dinah, *Protecting human rights in the Americas: Cases and Materials*, 4<sup>ème</sup> Edition, N.P. Engel, 1995
- BURGERS, J. Hermann, DANELIUS, Hans, *The United Nations Convention Against Torture: a handbook on the Convention Against Torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988
- CARLIER, Jean-Yves, De SCHUTTER, Olivier, (Dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: son apport à la protection des droits de l'homme en Europe, Hommage à Silvio Marcus Helmons*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 304 p.
- CASTBERG, Frede, OPSAHL, Torkel, OUCHTERLONY, Thomas, (Eds.), *The European Convention on Human Rights*, Leiden/Dobbs Ferry, A.W Sijthoff/Oceana, 1974, 198 p.

- COHEN JONATHAN, Gérard, *La convention européenne des droits de l'homme*, Aix-en-Provence/Paris, Presses universitaires d'Aix-Marseille/Economica, 1989, 616 p.
- COHEN JONATHAN, Gérard, *La protection internationale des droits de l'homme, documents réunis et commentés*, Paris, La Documentation française, 2007, 80 p.
- COT, Jean-Pierre, PELLET, Alain (Dir.), *Charte des Nations Unies: Commentaire article par article*, 3<sup>ème</sup> Edition, Paris, Economica, 2005,
- DAVIDSON, Scott, *The Inter-American human rights system*, Aldershot, Dartmouth, 1997, 385 p.
- DECAUX, Emmanuel, (Dir.), *Les Nations Unies et les droits de l'homme: enjeux, défis d'une réforme*, Centre de Recherche sur les droits de l'homme et le Droit humanitaire, Paris, Pedone, 2006, 348 p.
- DELMAS-MARTY, Mireille, (Ed.), *The European Convention for the protection of human rights: international protection versus national restrictions*, Dordrecht/Boston, Martinus Nijhoff, 1992, 346 p.
- ERGEC, Rusen, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 237 p.
- EVANS, Malcolm D., MURRAY, Rachel, (Eds.), *The African Charter on human and peoples' rights: the system in practice, 1986-2000*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, 397 p.
- FAWCETT, James Edmund Sanford, *The application of the European Convention on Human Rights*, 2<sup>ème</sup> Edition, Oxford, Clarendon Press, 1987, 444 p.
- FLAUSS, Jean-François., COHEN-JONATHAN, Gérard., LAMBERT, Pierre, *La réforme du système de contrôle du contentieux de la Convention européenne des droits de l'homme, (le Protocole N°14 et les recommandations et résolutions du comité des ministres), actes du séminaire organisé à Strasbourg le 7 juillet 2004 par l'Institut international des droits de l'homme René Cassin*, Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 2005, 256 p.
- GOMIEN, Donna, *Short Guide to the European Convention on human rights*, Strasbourg, Council of Europe, 1998, 158 p.
- HANSKI, Raija, SCHEININ, Martin, *Leading Cases of the Human Rights Committee*, 2<sup>ème</sup> Edition, Turku/Åbo Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, 2007, 506 p.
- HARRIS, David J., O'BOYLE, Michael, WARBRICK, Colin, *Law of the European Convention on human rights*, Londres/Dublin, Butterworth, 1995, 753 p.
- HARRIS, David, GOMIEN, Donna, ZWAAK, Leo, *Convention européenne des droits de l'homme et Charte sociale européenne : droit et pratique*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 1997, 498 p.
- HENKIN, Louis, (Ed.), *The International Bill of Rights: the Covenant on civil and political rights*, New-York, Columbia University Press, 1981, 523 p.
- HEYNS, Christoph, (Ed.), *Human rights law in Africa*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004
- JANIS, Mark W., KAY, Richard S., BRADLEY, Anthony W., *European human rights law: text and materials*, 2<sup>ème</sup> Edition, Oxford, oxford University Press, 2000, 561 p.
- JOSEPH, Sarah, SCHULTZ, Jenny, CASTAN, Melissa, *The International Covenant on civil and political rights: cases, materials, and commentary*, 2<sup>ème</sup> Edition, Oxford, Oxford University Press, 2004, 985 p.
- MACDONALD, Ronald St. J., MATSCHER, Franz, PETZOLD Herbert, (Eds.), *The European System for the protection of human rights*, Dordrecht/Boston, Martinus Nijhoff, 1993, 940 p.
- MACGOLDRICK, Dominic, *The Human Rights Committee: its role in the development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1996, 576 p.

- MATSCHER, Franz, PETZOLD, Herbert, (Eds.), *Protecting human rights: the European dimension. Studies in honour of Gérard J. Wiarda/ Protection des droits de l'homme : la dimension européenne : mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Cologne, Berlin, C. Heymann, 1988, 750 p.
- MATRINGE, Jean, COHEN-JONATHAN, Gérard, (Dir.), *Tradition et Modernité dans la Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples: étude du contenu normatif de la Charte et son apport à la théorie du droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996, 137 p.
- MBAYE, Kéba, *Les droits de l'homme en Afrique*, Paris, Pedone, 2002, 386 p.
- MERON, Theodor, *Human Rights law-making in the United Nations: a critique of instruments and process*, Oxford, Clarendon press, 1986, 351 p.
- MURRAY, Rachel, *The African Commission on Human and Peoples' Rights and international law*, Oxford, Hart, 2000, 316 p.
- NOWAK, Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, 2<sup>ème</sup> Edition révisée, Kehl am Rhein, N.P Engel, 2005, 1277 p.
- OUGUERGOUZ, Fatsah, *La Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples : une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité*, Paris/Genève, Presses universitaires de Royaume-Uni/Institut Universitaire de hautes études internationales, 1993, 479 p.
- OUGUERGOUZ, Fatsah, *The African Charter on Human and Peoples' Rights: a comprehensive agenda for human dignity and sustainable development in Africa*, La Haye, Martinus Nijhoff, 2003, 1016 p.
- PETTITI, Louis Edmond, DECAUX, Emmanuel, IMBERT, Pierre-Henri, (Dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme: commentaire article par article*, 2<sup>ème</sup> Edition, Paris, Economica, 1999, 1230 p.
- RENUCCI, Jean-François, *Droit européen des droits de l'homme*, Paris, L.G.D.J., 2007, 1135 p.
- SUDRE, Frédéric, *La Convention européenne des droits de l'homme*, 6<sup>ème</sup> Edition, Paris, Presses Universitaires de Royaume-Uni, 2004, 126 p.
- SUDRE, Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 8<sup>ème</sup> Edition, Paris, Presses Universitaires de France, 2006, 786 p.
- TAVERNIER, Paul, (Dir.), *Recueil juridique des droits de l'homme en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2002
- UMOZURIKE, U.O., *The African Charter on human and peoples' rights*, La Haye/Boston, Martinus Nijhoff, 1997, 240 p.
- VAN DIJK, Pieter, VAN HOOFF, Godefridus J.H., *Theory and Practice of the European Convention*, 2<sup>ème</sup> Edition, Deventer, Kluwer Law and Taxation, 1990
- VAN DIJK, Pieter, VAN HOOFF, Godefridus J.H., (Eds.), *Theory and Practice of the European Convention*, 4<sup>ème</sup> Edition, Anvers, Intersentia, 2006, 1190 p.
- VELU, Jacques, ERGEC, Rusen, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, 1185 p.
- WEIL, Gordon Lee, *The European Convention on Human Rights: background, development and prospects*, Leiden, A.W. Sythoff, 1963, 260 p.

## **h. Sur le mécanisme de dérogation et les dérogations**

- AGAMBEN, Giorgio, *Etat d'exception*, Paris, Editions du Seuil, 2003, 152 p.
- BIANCHI, Andrea (Ed.), *Enforcing International Law Norms against Terrorism*, Oxford and Portland, Vol. 4 in the series of Studies in International Law, Hart Publishing, 2004, 549 p.
- BOBBIO, Norberto, *L'Etat et la démocratie internationale*, Bruxelles, Editions Complexe, Etudes Européennes, 2001, 278 p.
- BRIBOSIA, Emmanuelle, WEYEMBERGH, Anne, (Dir.), *La lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruxelles, Nemesis/Bruylant, 2002, 305 p.
- ERGEC, Rusen, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles : étude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, E. Bruylant, Editions de l'Université, 1987, 427 p.
- FITZPATRICK, Joan, *Human Rights in Crisis: the international system for protecting rights during states of emergency*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1994, 260 p.
- GEARTY, Conor A., *Terror*, Londres, Faber and Faber, 1991, 170 p.
- GEARTY, Conor A., KIMBELL, J.A., *Terrorism and the rule of law: a report on the laws relating to political violence in Great Britain and Northern Ireland*, Londres, CLRU School of Law, King's College, 1995, 75 p.
- GROSS, Oren, NI AOLAIN, Fionnuala, *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 481 p.
- ORAA, Jaime, *Human Rights in states of Emergency in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1996, 288 p.
- RAULIN, Arnaud de, (Dir.), *Situations d'urgence et droits fondamentaux*, Paris, l'Harmattan, 2006, 333 p.
- ROY CHOWDHURY, Subrata, *Rule of law in a state of emergency: the Paris Minimum Standards of human rights norms in a state of emergency*, Londres, Pinter, 1989, 290 p. (
- SVENSSON-MACCARTHY, Anna-Lena, *The international law of human rights and states of exception: with special reference to the preparatory works and the case-law of the international monitoring organs*, La Haye/Genève, Martinus Nijhoff, 1998, 780

## **i. Droit international humanitaire**

- BOTHE, Michael, PARTSCH Karl Josef, SOLF, Waldemar A., *New rules for victims of armed conflicts: commentary on the two 1977 protocols additional to the Geneva Conventions of 1949*, La Haye/Boston, Martinus Nijhoff, 1982, 746 p.
- BREAU, Susan C., et al., (Eds.), *Testing the boundaries of international humanitarian law*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2006, 343 p.
- CALOGEROPOULOS-STRATIS, Aristidis S., *Droit humanitaire et droits de l'homme : La protection de la personne en période de conflit armé*, Graduate Institute of International Studies, Genève/Leiden, A.W. Sijthoff, 1980, 257 p.
- CASSESE, Antonio, *The Human Dimension of International Law, Selected Papers*, Oxford, Oxford, University Press, 2008, 539 p.
- DAVID, Eric, *Principes de Droit des Conflits Armés*, 3ème Edition, Bruxelles, Précis de la Faculté de Droit, Université Libre de Bruxelles, Bruylant, 2002, §§ 1.13-2.224
- EL KOUHENE, Mohamed, *Les garanties fondamentales de la personne en droit humanitaire et en droit de l'homme*, Dodrecht, Martinus Nijhoff, 1986, 258 p.

- FLAUSS, Jean-François, (Dir.), *Les nouvelles frontières du droit international humanitaire : actes du colloque du 12 avril 2002 organisé par l'Institut d'études de droit international de l'Université de Lausanne*, Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 2003, 218 p.
- FLECK, Dieter, (Ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2<sup>nd</sup> Edition, Oxford, Oxford, University Press, 2008, 770 p.
- GREEN, Leslie Claude, GREEN, L.C., (Ed.), *Essays on the modern law of War*, Dobbs Ferry, New York, Transnational Publishers, 1985, 281 p.
- KALSHOVEN, Frits, (Ed.), *Belligerent Reprisals*, 2<sup>nd</sup> Edition, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, 389 p.
- KALSHOVEN, Frits, (Ed.), *Assisting the victims of armed conflict and other disasters: papers delivered at the International Conference on Humanitarian Assistance in Armed Conflicts*, The Hague, Juin 1988, Dordrecht/Boston, Martinus Nijhoff, 1989, 258 p.
- KASTO, Jalil, *Jus cogens and Humanitarian Law*, 1<sup>ère</sup> Edition, International law series N°2, Hounslow, J. Kasto cop., 1994, 95 p.
- KOLB, Robert, *Jus in Bello: Le Droit International des Conflits Armés, Précis*, Bâle/Bruxelles, Collection de droit international Public, Helbing and Lichtenhahn/Bruylant, 2003, pp. 228-235
- MERON, Theodor, *Human Rights in Internal Strife: Their International Protection*, Hersch Lauterpacht Memorial Lectures, Cambridge, Grotius Publications, 1987, 172 p.
- MERON, Theodor, *Human rights and humanitarian norms as customary law*, Oxford, Clarendon Press, 1989, 263 p.
- MEYER, Michael A., (Ed.), *Armed Conflict and the new law: aspects of the 1977 Geneva Protocols and the 1981 weapons Convention*, British Institute of International and Comparative Law, 1989, 298 p.
- PICTET, Jean, (Dir.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 : commentaire*, Genève, Comité International de la Croix-Rouge, 1952
- PICTET, Jean, *Les principes du droit international humanitaire*, Genève, Comité International de la Croix-Rouge, 1966, 66 p.
- PROVOST, René, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, 418 p.
- RAVASI, Gian, BERUTO, Luca, (Eds.), *International humanitarian law and other legal regimes: interplay in situations of violence: proceedings*, International Institute of Humanitarian Law, Milan, Nagard, 2005, 165 p.
- SANDOZ, Yves, SWINARSKI, Christophe, ZIMMERMANN, Bruno, (Eds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, Comité International de la Croix-Rouge, 1647 p.
- SANDOZ, Yves, KALSHOVEN, Frits, (Eds.), *Implementation of International Humanitarian Law: research papers by participants in the 1986 Session of the Centre for Studies and Research in International Law and International Relations of the Hague Academy of International Law/Mise en œuvre du droit International Humanitaire : travaux de recherche des participants à la session de 1986 du centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales de l'Académie de droit international de La Haye*, Dordrecht/Boston, Martinus Nijhoff, 1989, 472 p.
- SASSOLI, Marco, BOUVIER, Antoine A., *Un Droit dans la Guerre*, Volume 1, Genève, Comité International de la Croix-Rouge, 2003, pp 343-354
- SWINARSKI, Christophe, (Ed.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Comité International de la Croix-Rouge/ *Studies and essays on international humanitarian law and Red Cross principles in honour of Jean Pictet*, International Committee of the Red Cross, Genève, Comité International de la Croix-Rouge, La Haye, Martinus Nijhoff, 1984, 1143 p.

- VORAH, Lal Chand et al., (Eds.), *Man's Inhumanity to Man. Essays in Honour of Antonio Cassese*, The Hague, Kluwer Law International, 2003, 1032 p.
- WARNER, Daniel, (Ed.), *Human rights and humanitarian law: the quest for universality*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1997, 145 p.
- WILMSHURST, Elizabeth, BREAU, Susan, (Eds.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, Chatham House, British Institute of International and Comparative Law, Cambridge University Press, 2007, 433 p.

#### **j. Sur certains droits spécifiques**

- BURGERS, Hermann, DANELIUS, Hans, *The United Nations Convention against Torture: a handbook on the Convention against torture and other cruel, inhuman, degrading treatment or punishment*, Dordrecht/Boston, Martinus Nijhoff, 1988, 271 p.
- DETRICK, Sharon, (Ed.), *The United Nations Convention on the rights of the child: a guide to the "travaux préparatoires"*, Dordrecht/Boston, Martinus Nijhoff, 1992, 712 p.
- DETRICK, Sharon, *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1999, 790 p.
- EVANS, Malcolm D., MORGAN, Rod, *Preventing torture: a study of the European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Oxford, Clarendon Press, 1998, 475 p.
- INGELSE, Chris, *The UN Committee against torture: an assessment*, La Haye, Kluwer Law International, 2001, 464 p.
- PACKER, John, MYNTTI, Kristian, (Eds.), *The protection of ethnic and linguistic minorities in Europe*, Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, Åbo, Åbo Akademi University/Institute for Human Rights, 1993, 260 p.
- RAMCHARAN, Bertrand G., (Ed.), *The Right to life in international law*, Dordrecht/Boston, Martinus Nijhoff, 1985, 371 p.
- SCHABAS, William, *The abolition of the death penalty in international law*, 3<sup>ème</sup> Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, 459 p.
- SCHABAS, William, SAX, Helmut, *Article 37: Prohibition of torture, death penalty, life imprisonment and deprivation of liberty*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, 96 p.

#### **k. Sur d'autres domaines du droit international**

- BIRNIE, Patricia W., BOYLE, Alan E., *International and the Environment*, Second Edition, Oxford, Oxford University Press, 2002, 798 p.
- BUREAU, Dominique, WATT, Horatia Muir, *Droit International Privé*, Tome 2, Paris, Presses Universitaires de France, 2007
- CHILSTEIN, DAVID, *Droit pénal international et lois de police- Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, Paris, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2003, 467 p.
- GANNAGE, Léna, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé : étude de droit international privé de la famille*, Paris, L.G.D.J., 2001, 382 p.
- JACQUET, Jean-Michel, DELEBECQUE, Philippe, CORNELOUP, Sabine, *Droit du commerce international*, Paris, Dalloz, 2007, 851 p.
- MAYER, Pierre, HEUZE, Vincent, *Droit International Privé*, 9<sup>ème</sup> Edition, Paris, Montchrestien, 2007, 798 p.
- NAJM, Marie-Claude, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations: relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, Paris, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2005, 705 p.

- NIBOYET, Marie-Laure, DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Géraud, *Droit International Privé*, Paris, LGDJ, 2007, 718 p.
- PATAUT, Etienne, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions (Etude de droit international privé)*, Paris, L.G. D. J, 1999, 517 p.

### I. Article 103 de la Charte des Nations Unies

- AUST, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 2000, 443 p.
- CONDORELLI, Luigi, LA ROSA, Anne-Marie, SCHERRER, Sylvie, (Dir.), *Les nations Unies et le droit international humanitaire/ The United Nations and International Humanitarian Law*, Actes du Colloque international à l'occasion du cinquantième anniversaire de l'ONU, octobre 1995, Paris, Pedone, 1996, 506 p.
- FASSBENDER, Bardo, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, 187 p.
- FOX, Hazel, (Ed.), *The Changing Constitution of the United Nations, Abi-Saab and Others*, Londres, The British Institute of International and Comparative Law, 1997, 120 p.
- KESLEN, Hans, *The Law of the United Nations, A critical Analysis of its Fundamental Problems- with Supplements*, 2<sup>nd</sup> Reprinting, New Jersey, Union, The Law Book Exchange, 2001, 994 p.
- KLABBERS, Jan, LEFEBER, René, (Eds.), *Essays on the Law of Treaties: Essays in Honour of Bert Vierdag*, La Haye/Boston, Martinus Nijhoff, 1988, 204 p.
- KOPELMANAS, Lazare, *L'Organisation des Nations Unies- L'Organisation constitutionnelle des Nations Unies, Fascicule I- Les Sources constitutionnelles de l'ONU*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1947, 327 p.
- PAUWELYN, Joost, *Conflict of Norms in Public International Law : How WTO Law relates to Other Rules of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 522 p.
- REINISCH, August, (Ed.), *Challenging Acts of International Organizations before National Courts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 302 p.
- SAROOSHI, Danesh, *The United Nations and the Development of Collective Security Council- the Delegation by the UN Security Council of its Chapter VII Powers*, Oxford, Clarendon Press, 1999, 311 p.
- SAROOSHI, Danesh, *International Organizations and their Exercise of Sovereign Powers*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 151 p.
- TZANAKOPOULOS, Antonios, *Disobeying The Security Council. Countermeasures against Wrongful Sanctions*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 243 p.
- VIRALLY, Michel, *L'Organisation mondiale*, Paris, A. Colin, 1972, 587 p.
- VIRALLY, Michel, *Le droit international en devenir, Essais écrits au fil des ans*, Paris, Presses Universitaires de France, Publications de L'Institut de Hautes Etudes Internationales, 1990, 504 p.
- WOUTERS, Jan, NOLLKAEMPER, André, DE WET, Erika, (Eds.), *The Europeanisation of International Law, The Status of International Law in the EU and its Member States*, La Haye, TMC Asser Press, 2008, 238 p.

### **m. Constitutionnalisme et pluralisme**

- DUNOFF, Jeffrey L., TRACHTMAN, Joel P., (Eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 414 p.
- KLABBERS, Jan, PETERS, Anne, ULFSTEIN, Geir, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 393 p.
- LOUGHLIN, Martin, WALKER, Neil, (Eds.), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 380 p.
- MACDONALD, Ronald St. John, (Eds.), *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005, 968 p.
- TSAGOURIAS, Nikolaos K., (Ed.), *Transnational Constitutionalism: International and European Models*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 377 p.

### **n. Rhétorique et droit**

- FISH, Stanley, *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Durham/London, Duke University Press, 1989, 613 p.
- PERELMAN, Chaim, OLBRECHTS-TYTECA, Lucie, *The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation*, Notre-Dame/Londres, University of Notre-Dame Press, 1971, 566 p.
- WHITE, James Boyd, *Heracles' Bow: Essays on the Rhetoric and the Poetics of Law*, Madison, University of Wisconsin Press, 1985, 270 p.

## **2. Contributions aux ouvrages collectifs et articles de revue**

### **a. Général et philosophie du droit**

- AGO, Roberto, « Science juridique et ordre international », *RCADI*, vol. 90-II, 1956, pp. 851-958
- AGO, Roberto, « Positive Law and International Law », *American Journal of International Law*, vol. 51, 1957, pp. 691-733
- ALLOTT, Philip, « Reconstituting Humanity- New International Law », *European Journal of International Law*, vol. 3, 1992, pp. 219-252
- ARNETT, Harold E., « The concept of fairness », *The Accounting Review*, vol. 42, N°2, avril 1967, pp. 291-297
- BIANCHI, Andrea, « Textual interpretation and (international) law reading: the myth of (in)determinacy and the genealogy of meaning », in *Making transnational law work in the global economy: essays in honour of Detlev Vagts*, New York, Cambridge University Press, 2010, p. 34-55
- BIGELOW, John, PARGETTER, Robert, « Functions », *The Journal of Philosophy*, vol. 84, N°4, avril 1987, pp. 181-196
- BRIERLY, James Leslie, « Fondement du caractère obligatoire du droit international », *RCADI*, vol. 23, 1926-III, pp. 463-552
- CANCADO, TRINDADE, Antonio, Augusto, « International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium (II), General Course on Public International Law », *RCADI*, vol. 317, 2005, pp. 11-312

- CARRILLO-SALCEDO, Juan-Antonio, «Droit international et souveraineté des Etats, Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 257, 1996, pp. 35-221
- CONSTABLE, Marianne, «The Shuffle of Things: Law and Knowledge in Modern Society», *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 8, N° 1, janvier, 2007, pp. 72-90
- CORBETT, P.E., «The Consent of States and the Sources of the Law of Nations», *British Yearbook of International Law*, vol. 6, 1925, pp. 20-30
- COTTERELL, Roger, «The Sociological Concept of Law», *Journal of Law and Society*, vol. 10, N°2, Hiver 1983, pp. 241-255
- CUMMINS, Robert, «Functional Analysis», *The Journal of Philosophy*, vol. 72, N° 20, 1975, pp. 741-765
- DELEAU, Olivier, « Les positions françaises à la conférence de Vienne sur le droit des traités », *Annuaire Français de Droit International*, 1969, pp. 7-23
- DOMINICE, Christian, « Observations sur la définition du droit des gens », in *Festschrift für Rudolf Bindschelder*, DIEZ, Emanuel, MONNIER, Jean, et al, Berne, Stämpfli, 1980, 71-90
- DOMINICE, Christian, « Le grand retour du droit naturel en droit des gens », in *Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grossen*, Publié par la Faculté de Droit et des Sciences économiques de l'Université de Neuchâtel, Bâle/Francfort-sur-le-Main, Editions Helbing & Lichtenhahn, 1992, pp. 399-409
- DUPUY, Pierre-Marie, «L'unité de l'ordre juridique international, Cours Général de Droit International Public », *RCADI*, vol. 297, 2002, pp. 10-489
- DUPUY, Pierre-Marie, «La communauté internationale. Une Fiction ? », in *Droits du pouvoir, pouvoir du droit : mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 373- 396
- EINSTEIN, Carl, HAXTHAUSEN, Charles W., «Gestalt and Concept (Exzerpts)», *Oktober*, vol. 107, hiver 2004, pp. 169-176
- FITZMAURICE, Gerald, « The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1954-9; General Principles and Sources of International Law », *British Year Book of International Law*, vol. 35, 1959, pp. 183-231
- HALL, Stephen, « The Persistent Spectre: Natural Law, International Order and the Limits of Legal Positivism», *European Journal of International Law*, vol., 12, N°2, 2001, pp. 269-307
- HART, H.L.A., «Positivism and the separation of law and morals », *Harvard Law Review*, vol. 71, 1957, pp. 593-629
- HUMPHREY, John P., « On the foundations of international law», *American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, pp. 231-243
- KEETON, George W., «International Law and the Future- A Plea for a Functional Approach», *Transactions of the Grotius Society, Problems of Peace and War, Papers read before the Society before 1941*, vol. 27, 1941, pp. 31-58
- KELSEN, Hans, «Théorie du droit international», *RCADI*, vol. 84, 1953, pp. 1-203
- KOSKENNIEMI, Martti, « Pull of the Mainstream», *Michigan Law Review*, 1990, vol. 88, pp. 1946-1962
- KOSKENNIEMI, Martti, « The Politics of Normativity», *European Journal of International Law*, vol. 1, 1990, pp. 4-32
- KOSKENNIEMI, Martti, « The Politics of Normativity- 20 years later», *European Journal of International Law*, vol. 20, N°1, 2009, pp. 7-19
- LAUTERPACHT, Hersch, « Codification and Development of International Law», *American Journal of International Law*, vol. 49, 1955, pp. 16-43
- MCGIBBON, I.C., « The Scope of Acquiescence in International Law », *British Yearbook of International Law*, vol. 31, 1954, pp. 143-186

- MEHLING, Michael A., «Betwixt Scylla and Charybdis: The Concept of Effectiveness in International Environmental Law», *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 13, 2002, pp. 129-182
- NIEMEYER, Gerhart, «The Significance of Function in Legal Theory», *New York University Law Quarterly Review*, vol. 18, 1940-1941, pp. 1-45
- PELLET, Alain, «The Normative Dilemma: Will and Consent in International Law-Making », *Australian Year Book of International Law*, vol. 12, 1988-1989, pp. 23-53
- PENALVER, Eduardo, Moises, « The Persistent Problem of Obligation in International Law», *Stanford Journal of International Law*, vol. 36, 2000, pp. 271-302
- QUADRI, Rolando, « Le fondement du caractère obligatoire du droit international public », *RCADI*, vol. 80. 1952, pp. 580-633
- ORREGO-VICUNA, Francisco, «Law Making in a Global Society: Does Consent still matter», in BROHMER, Jürgen, and al., (Eds.), *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte, Festschrift für Georg Röss*, Carl Heymanns Verlag, 2005, pp. 191-206
- POUND, Roscoe, «Law in Books and Law in Action», *American Law Review*, vol. 44, 1910, pp. 12-36
- RAZ, Joseph, « Kelsen's Theory of the Basic Norm», *American Journal of International Law*, vol. 19, 1974, pp. 94-111
- SHERMAN, Gordon H., « The Nature and Sources of International Law», *American Journal of International Law*, vol. 15, 1921, pp. 349-360
- SIMMA, Bruno, «Bilateralism and community interest in the law of state responsibility», in DINSTEIN, Yoram, (Ed.), *International law at a time of perplexity: essays in honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Boston, Martinus Nijhoff, 1989, pp. 821-844
- SIMMA, Bruno, « From bilateralism and community interest in international law», *RCADI*, vol. 250, 1994, pp. 217-384
- SPITZ, Jean-Fabien, « John Locke et la formation des concepts de la politique moderne », *Les Etudes Philosophiques*, 1993, N°3, pp. 373-390
- VERDROSS, Alfred, « Le fondement du droit international », *RCADI*, vol. 16, 1927, pp. 247-323
- VIRALLY, Michel, « Note sur la validité du droit et son fondement : norme fondamentale hypothétique et droit international », in *Mélanges en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, pp. 453-467
- WEIL, Prosper, « Le droit international en quête de son identité, Cours Général de Droit International Public », *RCADI*, vol. 237, 1992, pp. 11-370
- WENGLER, Wilhelm, « Public International Law – Paradoxes of a Legal Order », *RCADI*, vol. 158, 1977-V, pp. 9-85

#### **b. Droits de l'homme**

- ABI-SAAB, Georges, «Droits de l'homme et juridictions pénales internationales : convergences et tensions», in *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos: droit et justice*, Paris, Pedone, 1999, pp.245-253
- ALSTON, Philip, SIMMA, Bruno, «The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens and General Principles», *Australian Yearbook of International Law*, vol. 12, 1988-1989, pp. 82-108
- ALSTON, Philip, «Conjuring up new Human Rights: A proposal for Quality Control», *American Journal of International Law*, vol.78, 1994, pp. 607-621
- AOLAIN, Fionnuala Ni, « The emergence of diversity: Differences in Human Rights Jurisprudence», *Fordham International Law Journal*, vol. 19, 1995-1996, pp. 101-142

- BURGERS, Jan Herman, «The Road to San Francisco: The Revival of the Human Rights Idea in the Twentieth Century», vol. 14, 1992, pp. 447-477
- CALLEWAERT, Johan, «L'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme: une norme relativement absolue ou absolument relative», in *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LG.D.J., 1995, pp. 13- 38
- COHEN-JONATHAN, Gérard, « Les réserves aux traités institutionnels relatifs aux droits de l'homme », *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 1996, pp. (P1/14)
- COHN, H. « On the meaning of Human Dignity», *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 13, 1983
- CRAVEN, Matthew, « Legal Differentiation and the concept of the Human Rights Treaty in International Law», *European Journal of International Law*, vol. 11, N°3, 2000, pp. 489-519
- DESPOUY, Leandro, «Etats d'exception en Europe continentale et en Amérique Latine», in International Institute of Human Rights (Strasbourg), *Recueil de Cours*, 14<sup>ème</sup> Session, 1983, pp. 1-25
- DOMB, Fania, « Jus Cogens and Human Rights», *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 6, 1976
- DONNELLY, Jack, «Human Rights as Natural Rights», *Human Rights Quarterly*, vol. 4, 1982, pp. 391-405
- DONNELLY, Jack, «Human Rights, Democracy and Development», *Human Rights Quarterly*, vol. 21, 1999, pp. 608-632
- FRANCK, Thomas, «Is Personal Freedom a Western Value?», *American Journal of International Law*, vol. 91, 1997, pp. 593-627
- ERGEC, Rusen, « Les libertés fondamentales et le maintien de l'ordre dans une société démocratique: un équilibre délicat », in ERGEC, Rusen, VELAERS, Jan, SPREUTELS, Jean P., ANDERSEN, Robert, DUPONT, Lieven, *Maintien de l'ordre et Droits de l'homme*, Centre Universitaire de Droit Public, Bruylant, Bruxelles, 1987, pp. 3-33
- GEWIRTH, Alex, « Are there any absolute rights?», *The Philosophical Quarterly*, vol. 31, 1981, pp. 1-16
- GRISEL, André, « La Liberté personnelle et les limites du pouvoir judiciaire », *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 27, N° 3, 1975, pp. 550-570
- HENKIN, Louis, «International Human Rights as "Rights" », *Cardozo Law Review*, vol. 1, 1979, pp. 425-447
- HIGGINS, Rosalyn, «Human Rights: Some Questions of Integrity», *Commonwealth Law Bulletin*, vol. 15, 1989, pp. 598- 614
- IOVANE, Massimo, «The Ferrini Judgement of the Italian Supreme Court: Opening up domestic courts to claims of reparation for victims of serious violations of human rights», *The Italian Yearbook of International Law*, vol. 14, 2004
- KATZ, Christian, « Pour la proclamation par la communauté internationale d'un noyau intangible des droits de l'homme », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, octobre 1996, Année 7, vol. 28, pp. 541-553
- KAUFMAN, Nathalie, MOSHER, Steven., « General Principles of Law and the UN Covenant on Civil and Political Rights», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 27, 1978
- MACDOUGAL, Myres S., «Human Rights and World Public Order: Principles of Content and Procedure for Clarifying General Communities Policies», *Virginia Journal of International Law*, vol. 14, N°3, 1973-74, pp. 387-421
- MALIVERNI, Giorgio, «Les fonctions des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme», in *Im Dienst an der*

*Gemeinschaft, Festschrift für Dietrich Schindler zum 65. Geburtstag*, Basel/Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1989, p. 542

- MARKS, Stephen P., «Emerging Human Rights: A New Generation for the 1980s? », *Rutgers Law Review*, vol. 33, 1980-81, pp. 435-452
- MERON, Theodor, «On a Hierarchy of International Human Rights», *American Journal of International Law*, vol. 80, 1986, pp. 1-23
- MIDGLEY, E.B.F., «Natural Law and Fundamental Rights», *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 21, 1976, pp. 144-155
- REDGWELL, Catherine, «Reservations to Treaties and Human Rights Committee General Comment N° 24 (52)», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 46, 1997, pp. 390-412
- REISMAN, Michael, «Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law», *American Journal of International Law*, vol. 84, 1990, pp. 859-876
- SCHACHTER, Oscar, «Human Dignity as a Normative Concept», *American Journal of International Law*, vol. 77, N° 4, 1983, pp. 848-854
- SHELTON, Dinah, «State Practice on Reservations to Human Rights Treaties», *Canadian Human Rights Yearbook*, vol. 1983, pp. 205- 234
- SHELTON, Dinah, «Protecting Human Rights in a Globalized World», *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 25, 2002, pp. 273-322
- SHELTON, Dinah, « Are there Differentiations among Human Rights? Jus Cogens, Core, Human Rights, Obligations Erga Omnes and Non-Derogability», in *The Status of International Treaties on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2006, pp. 159-186
- SHESTACK, Jerome J., «The Philosophic Foundations of Human Rights», *Human Rights Quarterly*, vol. 20, 1998, pp. 201-234
- SOHN, Louis B., « The new International Law: Protection of the rights of Individuals Rather than States», *The American University Law Review*, vol. 32, 1982-1983, pp. 1-64
- SCHWEBEL, Stephen M., «Human Rights in the World Court», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 24, 1991, pp. 945-970
- TOMUSCHAT, Christian, « International law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new century : general course on public international law», *RCADI*, vol. 281, 1999, pp. 9-438
- VAN DER VYVER, Johan D., « Morality, Human Rights and Foundations of the Law», *Emory Law Journal*, vol. 54, 2005, pp. 187-200
- VIRALLY, Michel, Michel Virally, « Des moyens utilisés dans la pratique pour limiter l'effet obligatoire des traités », in *Les clauses échappatoires en matière d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, Université catholique de Louvain, quatrième colloque du Département des droits de l'homme, Bruylant, Bruxelles, 1982, pp. 1 -22
- YASUAKI, Onuma, « In quest for intercivilizational human rights: Universal vs. Relative, Human Rights viewed from an Asian perspective», *Asian-Pacific Journal on Human Rights and the Law*, vol. 1, 2000, pp. 53-88

### c. Sur les notions d'indérogeabilité et d'intangibilité

- CANCADO TRINDADE, Antonio Augusto « La Jurisprudence de la Cour Internationale de Justice sur les Droits Intangibles », in PREMONT, Daniel, STENERSEN, Christian, OSEREDCZUK, Isabelle (Eds.), *Droits Intangibles et Etats d'Exception*, Bruxelles, Organisation Internationale et Relations Internationales N°36, Association de Consultants Internationaux en droits de l'homme, Bruylant, 1996, pp. 53-71
- DINSTEIN, Yoram, « The erga omnes applicability of Human Rights », *Archiv des Völkerrechts*, vol. 30, 1992, pp. 1-36 and Following Comments
- EL-HAJJE, Osman, « La Déclaration du Caire des droits de l'homme en Islam et les Droits non-susceptibles de Dérogation », in PREMONT, Daniel, STENERSEN, Christian, OSEREDCZUK, Isabelle (Eds.), *Droits Intangibles et Etats d'Exception*, Bruxelles, Organisation Internationale et Relations Internationales N°36, Association de Consultants Internationaux en droits de l'homme, Bruylant, 1996, pp. 429-437
- HOTTELIER, Michel, « Le noyau intangible des libertés », in MEYER-BISCH, Patrice, (Ed.), *Le noyau intangible des droits de l'homme : actes du VII<sup>ème</sup> Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme*, Fribourg, Editions Universitaires, 1991, pp. 67-74
- KELSEN, Hans, « Derogation », in KLECATSKY, Hans, MARCIC, René, SCHAMBECK, Herbert, (Eds.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross*, Vienne, Europa Verlag, 1968, pp. 1429-1443
- MACHERET, Augustin, « Le noyau intangible des droits de l'homme: sources nationales et internationales », in MEYER-BISCH, Patrice, (Ed.), *Le noyau intangible des droits de l'homme : actes du VII<sup>ème</sup> Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme*, Fribourg, Editions Universitaires, 1991, pp. 31-44
- MARCUS HLEMONS, Silvio, « Jus Cogens et noyau intangible », in MEYER-BISCH, Patrice, (Ed.), *Le noyau intangible des droits de l'homme : actes du VII<sup>ème</sup> Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme*, Fribourg, Editions Universitaires, 1991, pp. 63-66
- MBAYA, Etienne, « A la recherche du noyau intangible dans la Charte Africaine », in MEYER-BISCH, Patrice, (Ed.), *Le noyau intangible des droits de l'homme : actes du VII<sup>ème</sup> Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme*, Fribourg, Editions Universitaires, 1991, pp. 207-223
- MEYER-BISCH, Patrice, « Le problème des délimitations du noyau intangible des droits et d'un droit de l'homme », in MEYER-BISCH, Patrice, (Ed.), *Le noyau intangible des droits de l'homme : actes du VII<sup>ème</sup> Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme*, Fribourg, Editions Universitaires, 1991, pp. 97-120
- SAMSON, Klaus, « Le noyau intangible des droits de l'homme- notion utile ou illusion simpliste? », in MEYER-BISCH, Patrice, (Ed.), *Le noyau intangible des droits de l'homme : actes du VII<sup>ème</sup> Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme*, Fribourg, Editions Universitaires, 1991, pp. 45-52
- SUDRE, Frédérique, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux: y'a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'homme », in *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LG.D.J., 1995, pp. 381-398
- TOMUSCHAT, Christian, « Le Code des Crimes contre la Paix et la Sécurité de l'Humanité et les droits intangibles ou non-susceptibles de dérogation », in PREMONT, Daniel, STENERSEN, Christian, OSEREDCZUK, Isabelle (Eds.), *Droits Intangibles et Etats d'Exception*, Bruxelles, Organisation Internationale et Relations Internationales N°36, Association de Consultants Internationaux en droits de l'homme, Bruylant, 1996, pp. 91-97

- VALINA, Liliana, « Droits Intangibles dans le cadre du Système Interaméricain des droits de l'homme », in PREMONT, Daniel, STENERSEN, Christian, OSEREDCZUK, Isabelle (Eds.), *Droits Intangibles et Etats d'Exception*, Bruxelles, Organisation Internationale et Relations Internationales N°36, Association de Consultants Internationaux en droits de l'homme, Bruylant, 1996, pp. 235-268

#### **d. Sur la hiérarchie des normes internationales**

- AKEHURST, Michael Barton, « Hierarchy of Norms in International Law », *British Year Book of International Law*, 1974-1975, vol. 47, pp. 273-285
- ALEXIDZE, Levan, « Legal nature of Jus Cogens in contemporary international law », *RCADI*, vol. 172, 1981, pp. 219-270
- ALLAIN, Jean, « The jus cogens Nature of *non-refoulement* », *International Journal of Refugee Law*, vol. 13, 2001, pp. 533-558
- ARAUJO, Robert John, « Anti-personnel Mines and Peremptory Norms of International Law: Argument and Catalyst », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 30, 1997, pp. 1-30
- BARBERIS, Julio A., « La liberté de traiter des Etats et le Jus Cogens », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 18, 1970, pp. 19-45
- BASSIOUNI, Mohamed Cherif, « International Crimes : Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes », *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, 1996, pp. 63-74
- BIANCHI, Andrea, « Human Rights and the Magic of Jus Cogens », *European Journal of International Law*, vol. 19, N°3, 2008, pp. 491-508
- BYERS, Michael, « Conceptualising the relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules », *Nordic Journal of International Law*, vol. 66, 1997, pp. 211-239
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, « Reflections on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law », *European Journal of International Law*, vol. 8, N°4, 1997 pp. 583-595
- CHARLESWORTH, Hilary, « The Gender of Jus Cogens », *Human Rights Quarterly*, vol. 15, 1993, pp. 63-76
- CHARNEY, Jonathan, « Universal International Law », *American Journal of International Law*, vol. 87, 1993, pp. 529-551
- CHAUMONT, Charles, « Mort et transfiguration du jus cogens », in *Mélanges offerts à P.-F. Gonidec*, Paris, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1985, pp. 469-479
- CHRISTENSON, Gordon A., « The World Court and Jus Cogens », *American Journal of International Law*, vol. 81, 1987, pp. 93-101
- CHRISTENSON, Gordon A., « Jus Cogens: Guarding Interests Fundamental to International Society », *Virginia Journal of International Law*, vol. 28, 1987-1988, pp. 585-648
- CZAPLINSKI, Władysław, « Concepts of Jus Cogens and Obligations Erga Omnes in International Law in the Light of Recent Developments », *Polish Yearbook of International Law*, vol. 23, 1997-1998, pp. 87-97
- CZAPLINSKI, Władysław, « Jus Cogens and the Law of Treaties », in TOMUSCHAT, Christian, THOUVENIN, Jean-Marc, (Eds.), *The fundamental rules of the international legal order: "jus cogens" and obligations "erga omnes"*, Leiden, Martinius Nijhoff, 2006, pp. 83- 98
- D'AMATO, Anthony, « It's a bird, it's a plane, it's Jus Cogens! », *Connecticut Journal of International Law*, vol. 6, N°1, 1990-1991, pp. 1-6
- DANILENKO, Gennady M., « International Jus Cogens: Issues of Law-Making », *European Journal of International Law*, vol. 42, N°2, 1991, pp. 42-65

- DE VISSCHER, Charles « Positivism et Jus Cogens », *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 75, 1971, pp. 5-11
- DOMINICE, Christian, « The International Responsibility of States for Breaches of Multilateral Obligations », *European Journal of International Law*, vol. 10, N°2, 1999, pp. 353-363
- DOMINICE, Christian, « A la recherche des droits *Erga Omnes* », in *Droits du pouvoir, pouvoir du droit : mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 357-371
- FASTENRATH, Ulrich, « Relative Normativity in International Law », *European Journal of International Law*, vol. 4, N°3, 1993, pp. 305-341
- FOCARELLI, Carlo, « Promotional Jus Cogens. A Critical Appraisal of Jus Cogens' Legal Effects », *Nordic Journal of International Law*, vol. 77, 2008, p. 429-459
- FORD, Christopher A., « Adjudicating Jus Cogens », *Wisconsin International Law Journal*, vol. 13, 1994-1995, pp. 145-181
- FORREST MARTIN, Francisco, « Delineating a Hierarchical Outline of International Law Sources and Norms », *Saskatchewan Law Review*, vol. 65, 2002, pp. 333-368
- FRANCK, Thomas, « Legitimacy in the International System », *American Journal of International Law*, vol. 82, 1988, pp. 705-759
- GAJA, Giorgio, « Jus cogens beyond the Vienna Convention », *RCADI*, vol. 172, 1981, pp. 271-316
- GLENNON, Michael J., « De l'absurdité du droit impératif (jus cogens) », *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 110, 2006, pp. 529-536
- GLENNON, Michael J., « Peremptory nonsense », in BREITENMOSER, Stephan, EHRENZELLER, Bernhard, SASSOLI, Marco, STOFFEL, Walter, WAGNER PFEIFER, Beatrice, (Eds.), *Human Rights, Democracy and the rule of law: Liber amicorum Luzius Wildhaber*, Zürich, Dike, 2007, pp.1265-1274
- GROSSE, Laurent, « Racines Historiques et Fondements contemporains des normes impératives (Jus Cogens) dans la théorie et la pratique du droit international », *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, vol 73, 1995, pp. 225-251
- HAIMBAUGH, George D., « Jus Cogens: Root and Branch. An Inventory », *Touro Law Review*, 1987, vol. 3, pp. 203-227
- HOOGH, André de, « The relationship between Jus Cogens, obligations Erga Omnes and international crimes: Peremptory Norms in Perspective », *Austrian Journal of Public International Law*, vol. 42, 1991, pp. 183-214
- JANIS, Mark W., « The Nature of Jus Cogens », *Connecticut Journal of International Law*, vol. 3, 1987-1988, pp. 359-363
- KADELBACH, Stefan, « Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and other Rules- the identification of Fundamental Norms », in TOMUSCHAT, Christian, THOUVENIN, Jean-Marc, (Eds.), *The fundamental rules of the international legal order: "jus cogens" and obligations "erga omnes"*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, pp. 21-40
- KIRCHNER, Stefan, « Relative Normativity and the Constitutional Dimension of International Law: A place for Values in the International Legal System? », *German Law Journal*, vol. 5, N°1, 2004, pp. 47-64
- KIRCHNER, Stefan, « International Constitutional Law: Hierarchy and Relative Normativity in Today's and Tomorrow's International Law », *German Law Journal*, vol. 5, N°1, 2004, pp. 1-12
- KOLB, Robert, « Théorie du Jus Cogens International », *Revue Belge de Droit International*, vol. 5, 2003, pp. 5-55
- KOLB, Robert, « Conflits entre normes de « jus cogens » », in *Droits du pouvoir, pouvoir du droit : mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 483-505

- KORNICKER UHLMANN, Eva M., « State Community Interests, *Jus Cogens* and Protection of the Global Environment: Developing Criteria for Peremptory Norms», *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 11, 1998-1999, pp. 101-134
- KOSKENNIEMI, Martti, «Hierarchy in International Law: a Sketch», *European Journal of International Law*, vol. 8, N°4, 1997, pp. 566-582
- LINDERFALK, Ulf, « The Effect of Jus Cogens Norms: Whoever Opened Pandora's Box, Did You Ever Think about the Consequences?», *European Journal of International Law*, vol. 18, N°5, pp. 853-871
- LOWE, Vaughan, « Do General Rules of International Law Exist», *Review of International Studies*, vol. 9, 1983, pp. 207-213
- MACDONALD, Ronald St. John, «Fundamental Norms in Contemporary International Law», *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 25, 1987, pp. 116-149
- MAIA, Catherine, « Le juge international au cœur du dévoilement du droit impératif : entre nécessité et prudence », *RSISDP*, 2005-I, vol. 83, pp. 1-36
- MAREK, « Contribution à l'étude du 'jus cogens' en droit international », in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, Institut universitaire de hautes études internationales, 1968, pp. 426-459
- MERON, Theodor, « On a hierarchy of International Human Rights », *American Journal of International Law*, vol. 80, 1986, pp. 1-23
- MONACO, Riccardo, «Observations sur la hiérarchie des sources du droit international », in *Völkerrecht als Rechtsordnung, internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte : Festschrift für Hermann Mosler*, Berlin-Heidelberg, Springer, 1983, pp. 599-615
- NAHLIK, Stanislas Edward, «The grounds of invalidity and termination of treaties», *American Journal of International Law*, vol. 65, 1971, pp. 736-756
- ONUF, Nicholas Greenwood, BIRNEY, Richard K., « Peremptory Norms of International Law: Their Source, Function and Future», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 4, 1974, pp. 187-198
- ORAKHELASHVILI, Alexander, « The Impact of Peremptory Norms on the Interpretation and Application of the United Nations Security Council Resolutions», *European Journal of International Law*, 2005-I, vol. 16, pp. 59-88
- PARKER, Karen, NEYLON, Lyn Beth, «Jus Cogens: Compelling the Law of Human Rights», *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 12, 1988-1989, pp. 412-463
- PAULUS, Andreas S., « *Jus Cogens* in a Time of Fragmentation and Hegemony: An Attempt at the Re-appraisal», *Nordic Journal of International Law*, vol. 74, 2005, pp. 297-334
- PAUST, Jordan, « The reality of *Jus Cogens*», *Connecticut Journal of International Law*, vol. 7, 1991-1992, pp. 81-86
- PELLET, Alain, «Comments in Response to Christine Chinkin and in Defense of Jus Cogens as the Best Bastion against the Excesses of Fragmentation», *Finnish Yearbook of International Law*, vol. XVII, 2006, pp. 83-90
- PELLET, Alain, TOMUSCHAT Christian, «Conclusions and Reconceptualising the Debate on Jus Cogens and Obligations Erga Omnes», in TOMUSCHAT, Christian, THOUVENIN, Jean-Marc, (Eds.), *The fundamental rules of the international legal order: "jus cogens" and obligations "erga omnes"*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, pp. 417-436
- PERRIN, Georges, « La nécessité et les dangers du jus cogens», in SWINARSKI, Christophe, (Ed.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge/Studies and essays on international humanitarian law and Red Cross principles, en l'honneur de/in honour of Jean Pictet*, Genève/La Haye, CICR/Martinus Nijhoff, 1984, pp. 751-759

- PETSCHKE, Markus, «*Jus Cogens* as a vision of the International Legal Order», *Penn State International Law Review*, vol. 29, N° 2, 2010, pp. 233-273
- RIESENFELD, Stefan A., «*Jus Dispositivum* and *Jus Cogens* in International Law: In the Light of a recent Decision of the German Supreme Constitutional Court», *American Journal of International Law*, vol. 60, 1966, pp. 511-515
- RIPHAGEN, W., « From soft law to *jus cogens* and back», *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 17, 1987, pp. 81-99
- GOMEZ, ROBLEDO, Antonio, « Le *jus cogens* international : sa genèse, sa nature, ses fonctions», *RCADI*, vol. 172, 1981, pp. 9-218
- SAULLE, Maria Rita, «*Jus Cogens* and Human Rights», in *Le droit international à l'heure de sa codification : études en l'honneur de Roberto Ago*, Milan, A.Guiffre, 1987, vol. 2, pp. 385-396
- SCHACHTER, Oscar, « Toward a Theory of International Obligation», *Virginia Journal of International Law*, vol. 8, N°2, 1967-1968, pp. 300-322
- SCHWARZENBERGER, Georg, « International *Jus Cogens* ?», *Texas Law Review*, vol. 43, 1964-1965, pp. 455-478
- SCHEUNER, Ulrich, « Conflict of Treaty Provisions with a Peremptory Norm of General International Law and its Consequences; Comments on Articles 50, 61 and 67 of the ILC's 1966 Draft Articles on the Law of Treaties», *Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 27, 1967, pp. 520-532
- SCHWELB, Egon, « Crimes against Humanity», *British Year Book of International Law*, vol. 23, 1946, pp. 178-226
- SCHWELB, Egon, «Some Aspects of International *Jus Cogens* as formulated by the International Law Commission», *American Journal of International Law*, vol. 61, 1967, pp. 946-975
- SICILIANOS, Linos-Alexander, «Classification et dimension multilatérale de la responsabilité internationale», in DUPUY, Pierre-Marie, (Dir.), *Obligations multilatérales, Droit impératif et Responsabilité internationale des Etats*, Paris, Pedone, 2003, pp. 57-77
- SHELTON, Dinah, «Hierarchy of Norms and Human Rights: Of Trumps and Winners», *Saskatchewan Law Review*, vol. 65, 2002, pp. 301-331
- SHELTON, Dinah, « Normative Hierarchy in International Law», *American Journal of International Law*, vol. 100, 2006, pp. 291-323
- SPIERMANN, Ole, « Humanitarian Intervention as a Necessity and the Threat of *Jus Cogens* », *Nordic Journal of International Law*, vol. 71, 2002, pp. 523-543
- SPINEDI, Marina, « D'une codification à l'autre: Bilatéralisme et Multilatéralisme dans la genèse de la codification du droit des traités et du droit de la responsabilité internationales des Etats », in DUPUY, Pierre-Marie, (Dir.), *Obligations multilatérales, Droit impératif et Responsabilité internationale des Etats*, Paris, Pedone, 2003, pp. 25-56
- STEPHENS, Pamela J., « A categorical approach to human rights claims: *Jus Cogens* as a limitation on enforcement», *Wisconsin International Law Journal*, vol. 22, 2004, pp. 245-272
- SZTUCKI, Jerzy, « *Jus cogens* and the Vienna Convention on the Law of Treaties: a critical appraisal», *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Supplementum 3, 1974, pp. 1-194
- TASIIOULAS, John, «In Defence of Relative Normativity: Communitarian Values and the Nicaragua Case», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 16, 1996, pp. 85-28
- TAVERNIER, Paul, «L'identification des règles fondamentales: un problème résolu?», in TOMUSCHAT, Christian, THOUVENIN, Jean-Marc, (Eds.), *The fundamental rules of the international legal order: "jus cogens" and obligations "erga omnes"*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, pp. 1-20

- TERAYA, Koji, « Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-Derogable Rights », *European Journal of International Law*, vol. 12, N°5, 2001, pp. 917-941
- TJOP, Jean, « Le Jus Cogens dans le droit international », in CONSTANTOPOULOS, D.S., (Dir.), *The Sources of International Law*, Thesaurus Acroasium, Institute of Public International Law and International Relations of Thessaloniki, vol. 19, 1992, pp. 593-599
- TOMUSCHAT, Christian, « Obligations arising for States without or against their will », *RCADI*, vol. 281, 1999, pp. 195-374
- TUNKIN, Grigory, I., « Jus Cogens in Contemporary International Law », *University of Toledo Law Review*, vol. 3, 1971, pp. 107-118
- TURPEL, Mary Ellen, SANDS, Philippe, « Peremptory International Law and Sovereignty: Some Questions », *Connecticut Journal of International Law*, vol. 3, 1987-1988, pp. 364-369
- VERDROSS, Alfred, « Forbidden Treaties in International Law », *American Journal of International Law*, vol. 31, 1937, pp. 571-577
- VERDROSS, Alfred, « Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law », *American Journal of International Law*, vol. 60, 1966, pp. 55-63
- VILLALPANDO, Santiago, « The Legal Dimension of the International Community: How Community Interests are Protected in International Law », *European Journal of International Law*, vol. 21, N°2, 2010, pp. 387-419
- VIRALLY, Michel, « Réflexions sur le Jus Cogens », *Annuaire Français de Droit International*, vol. 12, 1966, p. 5-29
- WEIL, Prosper, « Towards Normative Relativity in International Law », *American Journal of International Law*, 1983, vol. 77, pp. 413-442
- WEIL, Prosper, « Cours général: le droit international en quête de son identité », *RCADI*, vol. 237, 1992-VI, pp. 1-370
- WEILER, Joseph H.H., PAULUS, Andreas L., « The structure of change in International Law or is there a Hierarchy in International Law », *European Journal of International Law*, vol. 8, N°4, 1997, pp. 545-565
- WEISBURD, Mark A., « The emptiness of the concept of *Jus Cogens*, as illustrated by the War in Bosnia-Herzegovina », *Michigan Journal of International Law*, vol. 17, 1995-1996, pp. 1-52
- WHITEMAN, Marjorie M., « Jus Cogens in International Law with a Projected List », *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 7, 1977, pp. 609- 626

#### **e. Sur la notion d'ordre public international**

- ALMOND, Harry H. Jr., « *The Military Activities Case: New Perspectives on the International Court of Justice and Global Public Order* », *The International Lawyer*, vol. 21, hiver 1987, pp. 195-210
- LAUTERPACHT, Elihu, « The Place of Policy in International Law », *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 2, 1972, pp. 23-28
- MACDOUGAL, Myres S., FELICIANO, Florentino P., « International Coercion and World Public Order: The general principles of the Law of War », *The Yale Law Journal*, vol. 67, N° 5, avril 1958, pp. 771-845
- MACDOUGAL, Myres S., LASSWELL, Harold D., CHEN, Lung-chu, « Human Rights and World Public Order: A framework for policy-oriented inquiry », *American Journal of International Law*, vol. 63, 1969, pp. 237-269
- MOSLER, Hermann, « The International Society as a Legal Community », *RCADI*, vol. 140, 1974-IV, pp. 1-320

- SCHWARZENBERGER, Georg, « The Problems of International Public Policy », *Current Legal Problems*, vol. 18, 1965, pp. 191-212
- WARD, Ian, « International order, political community and the search for a European public philosophy », *Fordham International Law Journal*, vol. 22, 1998-1999, pp. 930-960

#### f. Droits de l'homme

- ANTHONY, Arthur E., « Beyond the Paper Tiger: The Challenge of a Human Rights Court in Africa », *Texas International Law Journal*, vol. 32, 1997, pp. 511-524
- BASSIOUNI, Mohammed Cherif, « Human Rights in the context of Criminal Justice: Identifying International Procedural Protections and Equivalent Protections in National Constitutions », *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 3, 1992-1993, pp. 235-297
- BELLO, Emmanuel G., « The African Charter on Human and People's Rights: a legal analysis », *RCADI*, vol. 194, 1985, pp. 9-268
- BOEREFIJN, Ineke, « Towards a Strong System of Supervision: The Human Rights Committee's Role in Reforming the Reporting procedure under Article 40 of the Covenant on Civil and Political Rights », *Human Rights Quarterly*, vol. 17, 1995, pp. 766-791
- BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, « Les Droits Intangibles face aux Exigences de la Protection de l'Environnement », in PREMONT, Daniel, STENERSEN, Christian, OSEREDCZUK, Isabelle (Eds.), *Droits Intangibles et Etats d'Exception*, Bruxelles, Organisation Internationale et Relations Internationales N°36, Association de Consultants Internationaux en droits de l'homme, Bruylant, 1996, pp. 449-462
- BONDZIE-SIMPSON, Ebow, « A Critique of the African Charter on Human and Peoples' Rights », *Howard Law Journal*, vol. 31, 1998, pp. 643-666
- BUERGENTHAL, Thomas, « The American Convention on Human Rights: Illusions and Hopes », *Buffalo Law Review*, vol. 21, 1971, pp. 121-136
- BUERGENTHAL, Thomas, « The American and European Conventions on Human Rights: Similarities and Differences », *The American University Law Review*, vol. 30, 1980, N°1, pp. 155-166
- BUERGENTHAL, Thomas, « The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court », *American Journal of International Law*, vol. 79, 1985, pp. 1-27
- BUCHERER, Jeanine, « The Castillo Petruzzi Case », *American Journal of International Law*, vol. 95, 2001, pp. 171-178
- CANCADO TRINIDADE, Antonio Augusto, « Le système interaméricain de protection des droits de l'homme : état actuel et perspectives d'évolution à l'aube du XXIème siècle », *Annuaire Français de Droit International*, 2000
- FARER, Tom, « The rise of the Inter-American Human Rights Regime: No longer a Unicorn, Not yet an Ox », *Human Rights Quarterly*, vol. 19, 1997, pp. 510-546
- FAULKNER, Elizabeth A., « The Right to Habeas Corpus only in the other Americas », *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 9, N°3, 1993-1994, pp. 653-687
- FORSYTHE, David, « The United Nations and Human Rights at fifty: An incremental but Incomplete Revolution », *Global Governance*, vol. 1, septembre 1995, pp. 297-318
- GENI-SEGUI, R., « L'apport de la Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples au droit international des droits de l'homme », *African Journal of International and Comparative Law*, vol. 3/4, 1991, décembre, pp. 699-741
- GITTLEMAN, Richard, « The African Charter on Human and Peoples' Rights: A Legal Analysis », *Virginia Journal of International Law*, vol. 22, 1981-1982, pp. 667-714

- GROS ESPIELL, Hector, « Le système interaméricain comme régime régional de protection internationale des droits de l'homme », *RCADI*, vol. 145, 1975, pp. 1-55
- GROS ESPIELL, Hector, « La Convention américaine et la Convention européenne des droits de l'homme: une analyse comparative », *RCADI*, vol. 218, 1989, pp. 167-412
- GROS ESPIELL, Hector, « La Cour interaméricaine et la Cour européenne des droits de l'homme », in *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LG.D.J., 1995, pp. 233-246
- GROSS, Oren, « Once More unto Breach: The Systematic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies », *Yale Journal of International Law*, vol. 23, 1998, pp. 437-502
- HARRIS, David, « The Right to a Fair Trial in Criminal Proceedings as a Human Right », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 16, avril 1967, pp. 352-378
- IBHAWOH, Bonny, « Between Culture and Constitution: Evaluating the Cultural Legitimacy of Human Rights in the African State », *Human Rights Quarterly*, vol. 22, 2000, pp. 838-860
- JACOT-GUILLARMOD, Olivier, « Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in PETTITI, Louis-Edmond, DECAUX, Emmanuel, IMBERT Pierre-Henri, *La Convention Européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, 2<sup>ème</sup> Edition, Paris, Economica, 1999, pp. 41-63
- KORNELIA, Konstantin, « New Challenges to the Regime of Reservations under the International Covenant on Civil and Political Rights », *European Journal of International Law*, vol. 13, N° 2, 2002, pp. 437- 477
- KUTNER, Luis, CARL, Beverly May, « An international writ of habeas corpus: protection of personal liberty in a world of diverse systems of public order », *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 22, N°3, mars 1961, pp. 469-559
- LO PRATO, L. « Non-refoulement as a Peremptory Norm of International Law (Jus Cogens) », *AWR Bulletin, Revue Trimestrielle des problèmes des réfugiés*, 1996-III, vol. 34, pp. 90-93
- LUCKER-BABEL, Marie-Françoise, « Les Droits non-dérogeables de l'Enfant à la lumière de la Convention des Nations Unies relatives aux Droits de l'Enfant », in PREMONT, Daniel, STENERSEN, Christian, OSEREDCZUK, Isabelle (Eds.), *Droits Intangibles et Etats d'Exception*, Bruxelles, Organisation Internationale et Relations Internationales N°36, Association de Consultants Internationaux en droits de l'homme, Bruylant, 1996, pp. 365-387
- LUTZ, Ellen L., « Strengthening Core Values in the Americas: Regional Commitment to Democracy and Human Rights », *Houston Journal of International Law*, vol. 19, 1996-1997, pp. 643-657
- MARIE, Jean-Bernard, QUESTIAUX, Nicole « Article 55.c. », in COT, Jean-Pierre, PELLET, Alain (Dir.), *Charte des Nations Unies : Commentaire article par article*, 3<sup>ème</sup> Edition, Paris, Economica, 2005, pp. 1481-1503
- MEDINA, Cecilia, « Toward Effectiveness in the Protection of Human Rights in the Americas », *Transnational Law and Contemporary Problems*, vol. 8, 1998, pp. 337-358
- MEGRET, Frédéric, « Justice in Times of Violence », *European Journal of International Law*, vol. 14, N°2, 2003, pp. 327-345
- MORAWA, Alexander H.E., « The jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee and other treaty monitoring bodies », *European Yearbook of Minorities Issues*, 2001-2002, pp. 461-485
- MURRAY, Rachel, « International Human Rights : neglect and perspectives from African institutions », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, 2006 Jan., N°1, pp. 193-204

- MUTUA, Makau, « The African Human Rights System: A Critical Evaluation », *UNDP Human Development Report Office (HDRO) Background Paper*, 2000, <http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr2000/papers/mutua.pdf>, consulté le 10 janvier 2008
- NORRIS, Robert E, REITON, Paula Desio, « The suspension of guarantees: a comparative analysis of the American Convention on Human Rights and the Constitutions of States Parties », *The American University Law Review*, vol. 30, 1980-1981, pp. 189-223
- O'BOYLE, Michael, « Torture and emergency powers under the European Convention on Human Rights: Ireland vs. the United Kingdom », *American Journal of International Law*, vol. 71, 1977, pp. 674-705
- OKERE, Obinna, « The Protection of Human Rights in Africa and the African Charter on Human and Peoples' Rights: A Comparative Analysis with the European and American Systems », *Human Rights Quarterly*, vol. 6, 1984, pp. 141-159
- ONDINKALU, Chidi Anselm, « The Individual Complaints Procedures of the African Commission on Human and Peoples' Rights: A Preliminary Assessment », *Transnational Law and Contemporary Problems*, vol. 8, 1998, pp. 359-405
- OPSAHL, Torkel, « The General Comments of the Human Rights Committee », in *Des Menschen Recht zwischen Freiheit und Verantwortung Festschrift für K.J. Partsch*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989, pp. 273-286
- PLAGMAN, Hansje, « The status to the right to life and the prohibition of torture under international law: its implications for the United States », *Journal of the Institute of Justice and International Studies*, vol. 3, 2003, pp. 172-193
- QUINN, Robert J., « Will the rule of law end? Challenging grants of amnesty for the human rights violations of a prior regime: Chile's new model », *Fordham Law Review*, vol. 62, 1993-1994, pp. 905-960
- RIGAUX, François, « Les Droits des peuples en tant que droits intangibles », in PREMONT, Daniel, STENERSEN, Christian, OSEREDCZUK, Isabelle (Eds.), *Droits Intangibles et Etats d'Exception*, Bruxelles, Organisation Internationale et Relations Internationales N°36, Association de Consultants Internationaux en droits de l'homme, Bruylant, 1996, pp. 523-535
- ROGRIGUEZ RESCIA, SEITLES, Marc David, « The Development of the Inter-American Human Rights System: A Historical Perspective and a Modern-Day Critique », *New York Law School Journal of Human Rights*, vol. 16, 1999-2000, pp. 593-633
- SHELDON, Dinah, « Human rights bodies: decisions and actions », *Environmental Policy and Law*, vol. 34, 2004 avril, N°2, pp. 66-72
- SOHN, Louis B., « The Human Rights Law of the Charter », *Texas International Law Journal*, vol. 12, 1997, pp. 129-140
- STAVROS, Stephanos, « The Right to Fair Trial in Emergency situations », *International Law and Comparative Law Quarterly*, vol. 41, 1992, pp. 343-365
- STAPLETON, Sara, « Ensuring a Fair Trial in the International Criminal Court: Statutory Interpretation and the Impermissibility of Derogation », *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 31, 1998-1999, pp. 535-609
- UDOMBANA, Nsongurua J., « Between Promise and Performance: Revisiting States' Obligations under the African Human Rights Charter », *Stanford Journal of International Law*, vol. 40, 2004, pp. 105-142
- VASAK, Karel, « Les principes d'application et d'interprétation des droits de l'homme », in BOUTROS-GHALI, Boutros, *Amicorum Discipulorumque Liber, Paix, Développement et Démocratie*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 1419-1428
- WALDOCK, Humphrey M., « The effectiveness of the system set up by the European Convention on Human Rights », *Human Rights Law Journal*, vol. 1, 1980

- WESTON, Burns H., LUKES, Robin Ann, HNATT, Kelly M., « Regional Human Rights Regimes: A Comparison and Appraisal », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 20, 1987, pp. 585-637
- WET DE, Erika, « The Prohibition of torture as an International Norm of jus cogens and its implications for National and Customary Law », *European Journal of International Law*, vol. 15, N° 1, 2004, pp. 97-121
- WOLL, Lisa, « Reporting to the UN Committee on the Rights of the Child: A catalyst for domestic debate and policy change? », *The International Journal of Children's Rights*, vol. 8, 2000, pp. 71-81
- WYNGAERT VAN DEN, Christine, « Applying the European Convention on Human Rights to Extradition: Opening Pandora's Box? », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39, 1990, pp. 757-779
- WYNGAERT VAN DEN, Christine, DUGARD, John, « Reconciling extradition with human rights », *American Journal of International Law*, vol. 92, 1998, pp. 187-212

#### **g. Sur le mécanisme de dérogation**

- ALEXANDER, George J., « The Illusory Protection of Human Rights by National Courts During Periods of Emergency », *Human Rights Law Journal*, vol. 5, N°11984, pp. 1-65
- AOLAIN, Fionnuala Ni, « The fortification of an emergency regime », *Albany Law Review*, vol. 59, 1995-1996, pp. 1353-1387
- BASSIOUNI, Mohamed Cherif, « Les états d'urgence et d'exception: les violations des droits de l'Homme et l'impunité sous couvert du droit », in PREMONT, Daniel, STENERSEN, Christian, OSEREDCZUK, Isabelle (Eds.), *Droits Intangibles et Etats d'Exception*, Bruxelles, Organisation Internationale et Relations Internationales N°36, Association de Consultants Internationaux en droits de l'homme, Bruylant, 1996, pp. 107-123
- BATES, Ed, « A "Public Emergency Threatening the Life of the Nation?" The United Kingdom's Derogation from the European Convention on Human Rights of 18 December 2001 and the "A" Case », *British Yearbook of International Law*, vol. 77, 2006, pp. 245-335
- BRAIBANT, Guy, « L'Etat face aux crises », *Pouvoirs*, 1979, N°10, pp. 5-11
- BUERGENTHAL, Thomas, « To Respect and to Ensure State obligations and Permissible Derogations », in HENKIN, Louis, (Ed.) *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, New York, Columbia University Press, 1981, pp. 72-91
- COUSSIRAT-COUSTERE, Vincent, « La réserve française à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Clunet*, 1975, pp. 269-293
- CRYSLER, Edward, « Brannigan and McBride v. UK: a new direction on Article 15 Derogations under the European Convention on Human Rights », *Nordic Journal of International Law*, vol. 65, 1996, pp. 91-121
- DECAUX, Emmanuel, « Crise de l'Etat de Droit, Droit de l'Etat de Crise », in AUJOL, Jean-Louis et al, (Eds.), *Mélanges en hommage à Louis-Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp.267-287
- DAES, Erica-Irène A., « Restrictions and Limitations on Human Rights », in *Mélanges René Cassin*, Paris, Pedone, tome III, 1971, pp. 79-93
- DAUBIE, Christian, « La Convention européenne des droits de l'homme et la raison d'Etat », *Revue des Droits de l'Homme*, 1970, pp. 247-274
- DE ZAYAS, Alfred, « La Dérogation et le Comité des droits de l'homme des Nations Unies », in PREMONT, Daniel, STENERSEN, Christian, OSEREDCZUK, Isabelle (Eds.), *Droits Intangibles et Etats d'Exception*, Bruxelles, Organisation Internationale et Relations

- Internationales N°36, Association de Consultants Internationaux en droits de l'homme, Bruylant, 1996, pp. 213-223
- DIOP, Matar, « La Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples et l'Intangibilité des Droits Fondamentaux », in PREMONT, Daniel, STENERSEN, Christian, OSEREDCZUK, Isabelle (Eds.), *Droits Intangibles et Etats d'Exception*, Bruxelles, Organisation Internationale et Relations Internationales N°36, Association de Consultants Internationaux en droits de l'homme, Bruylant, 1996, pp. 413-420
  - DONAHUE, Davie., « Human Rights in Northern Ireland: Ireland v. United Kingdom », *Boston College International and Comparative Law Review*, 1979-1980, pp. 377-432
  - DUFFY, Peter, « Note sur l'Article 15 de la Convention Européenne des droits de l'homme », in PREMONT, Daniel, STENERSEN, Christian, OSEREDCZUK, Isabelle (Eds.), *Droits Intangibles et Etats d'Exception*, Bruxelles, Organisation Internationale et Relations Internationales N°36, Association de Consultants Internationaux en droits de l'homme, Bruylant, 1996, pp. 191-201
  - EL ZEIDY, Mohamed M., « The ECHR and States of Emergency: Article 15- A Domestic Power of Derogation from Human Rights Obligations », *San Diego International Law Journal*, vol. 4, 2003, pp. 277-318
  - FITZPATRICK, Joan, « Protection against abuse of the Concept of Emergency », *Studies Transnational Legal Policy*, vol. 26, 1994, pp. 203-228
  - FITZPATRICK, Joan, « States of Emergency in the Inter-American Human Rights System », in HARRIS, David J., LIVINGSTONE, Stephen, *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 371-394
  - GHANDHI, P.R., « The Human Rights Committee and Derogation in Public Emergencies », *German Yearbook of International Law*, vol. 32, 1989, pp. 323-361
  - GHEBALI, Victor-Yves, « La problématique de l'état d'exception dans le cadre de l'Organisation pour la Sécurité et la Coopération en Europe (OSCE) », in PREMONT, Daniel, STENERSEN, Christian, OSEREDCZUK, Isabelle (Eds.), *Droits Intangibles et Etats d'Exception*, Bruxelles, Organisation Internationale et Relations Internationales N°36, Association de Consultants Internationaux en droits de l'homme, Bruylant, 1996, pp. 303-316
  - GREEN, Leslie Claude, « Derogation of Human Rights in Emergency Situations », *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 16, 1978, pp. 92-115
  - GROSS, Oren, AOLAIN, Fionnuala Ní, « Emergency, War and International Law- Another Perspective », *Nordic Journal of International Law*, vol. 70, 2001, pp. 29-63
  - GROSS, Oren, FIONNUALA, Fionnuala Ní., « From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights », *Human Rights Quarterly*, vol. 23, 2001, N°3, pp. 625-649
  - HARTMAN, Joan F., « Working Paper for the Committee of Experts on the Article 4 Derogation Provision », *Human Rights Quarterly*, vol. 7, 1985, pp. 89-131
  - HARTMAN, Joan F., « Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergency », *Harvard International Law Journal*, vol., 22, 1991, pp. 1-52
  - HIGGINS, Rosalyn, « Derogations under Human Treaties », *British Yearbook of International Law*, 1976-1977, vol. 48, pp. 281-320
  - KEITH, Linda Camp, POE, Steven C., « Are Constitutional State of Emergency Clauses Effective? An Empirical Exploration », *Human Rights Quarterly*, vol. 26, 2004, N°4, pp. 1071-1097
  - KISS, Alexandre Charles, « Permissible Limitations on Rights », in HENKIN, Louis, (Ed.) *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, New York, Columbia University Press, 1981, pp. 290-310

- KOLB, Robert, « Jus Cogens, intangibilité, intransgressibilité, dérogation positive et négative », *Revue Générale de Droit international Public*, vol. 109, 2005, pp. 305-330
- JOSEPH, Sarah, « Human Rights Committee: General Comment 29 », *Human Rights Law Review*, vol. 2, N°1, 2002, pp. 81-98
- LILLICH, Richard B., « The Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency », *American Journal of International Law*, vol. 79, 1985, pp. 1072-1081
- LILLICH, Richard B., « Queensland Guidelines for Bodies monitoring Respect for Human Rights during States of Emergency », *American Journal of International Law*, vol. 85, 1991, pp. 716-720
- LUTZ, Colleen A., « A Declaration of Minimum Humanitarian Standards », *American Journal of International Law*, vol. 85, 1991, pp. 375-384
- MCDONALD, Ronald St. J., « Derogations under Article 15 of the European Convention on Human Rights », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36, 1998, pp. 225-267
- MCGOLDRICK, Dominic, « The interface between public emergency powers and international law », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, 2004, pp. 380-429
- MAIA, Catherine, « De la signification des clauses de non-dérogation en matière d'identification des droits de l'homme impératifs », in BEN ACHOUR Rafâa, LAGHAMI, Slim, (Dir.), *Les Droits de l'Homme: Une nouvelle cohérence pour le droit international?*, Paris, Pedone, 2008, pp. 39-61
- MANGAN, Brendan, « Protecting Human Rights in National Emergencies: Shortcomings in the European System and a Proposal for Reform », *Human Rights Quarterly*, vol. 10, 1987-1988, pp. 372-394
- MARKS, Stephen, « La notion de période d'exception en matière de droits de l'homme », *Revue des droits de l'homme*, 1975, vol. 8, pp. 821-858
- MARKS, Stephen P., « Principles and Norms of Human Rights Applicable in Emergency Situations: Underdevelopment, Catastrophes and armed Conflicts », in VASAK, Karel, ALSTON, Philip, (Eds.), *The International Dimensions of Human Rights*, Westport Connecticut, Greenwood Press, 1982
- MARKS, Suzanne, « Civil Liberties at the Margin: The UK derogation and the European Court of Human Rights », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 15, 1995, pp. 70-95
- MOKHTAR, Aly, « Human Rights Obligations v. Derogations: Article 15 of the European Convention on Human Rights », *The International Journal of Human Rights*, vol. 8, 2004, pp. 65-87
- NOWAK, Manfred, « Article 4, Permissible Derogations in Time of Public Emergency », in NOWAK, Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, 2<sup>ème</sup> Edition révisée, Kehl am Rhein, N.P Engel, 2005, 1277 pp. 72-93
- O'BOYLE, Michael, « Emergency Situations and the Protection of Human Rights: A Model Derogation Provision for a Northern Ireland Bill of Rights », *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol., 28, N°2, Été 1997, pp. 160-187
- O'BOYLE, Michael, « The margin of appreciation and derogation under Article 15: ritual incantation or principle », *Human Rights Law Journal*, vol. 19, 1998, pp. 23-29
- O'DONNELL, Daniel, « Commentary by the Rapporteur on Derogation », *Human Rights Quarterly*, vol. 7, 1985, pp. 23-34
- O'DONNELL, Daniel, « Commentary to the Syracuse Principles by the Rapporteur on Derogation », *Human Rights Quarterly*, vol. 7, 1985, pp.
- O'DONNELL, Daniel, « Les normes internationales des droits de l'Homme en matière de droit pénal, de procédure et de dérogation », in PREMONT, Daniel, STENERSEN, Christian, OSEREDCZUK, Isabelle (Eds.), *Droits Intangibles et Etats d'Exception*, Bruxelles, Organisation Internationale et Relations Internationales N°36, Association de Consultants Internationaux en droits de l'homme, Bruylant, 1996, pp. 141-166

- OLIVIER, Clémentine, « Revisiting General Comment N°29 of the United Nations Human Rights Committee: about Fair Trial Rights and Derogations in Times of Public Emergency », *Leiden Journal of International Law*, vol. 17, 2004, pp. 405-419
- ORAA, Jaime, «The Protection of Human Rights in Emergency Situation under Customary International Law», in GOODWIN-GILL, Guy, TALMON, Stefan, (Eds.), *The reality of international law: essays in honour of Ian Brownlie*, Oxford, Clarendon Press, 2003, pp. 413-437
- OUGUERGOUZ, Fatsah, « L'absence de clause de dérogation dans certains traités relatifs aux droits de l'homme : les réponses du droit international général », *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 98, 1994, pp. 289-336
- QUIGLEY, John, «Israel's forty-five years emergency: Are there time limits to Derogations from Human Rights Obligations», *Michigan Journal of International Law*, vol. 15, 1993-1994, pp. 491-518
- SCHREUER, Christoph, « Derogation of Human Rights in Situations of Public Emergency: The Experience of the European Convention on Human Rights», *The Yale Journal of World Public Order*, vol. 9, 1982-1983, pp. 113-132
- SHRAGA, Daphna, « Human Rights in Emergency Situation under the European Convention on Human Rights», *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 16, 1986, pp. 217-242
- SERMET, Laurent, « De la carence dans la Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples de la clause de dérogation aux droits de l'homme », *RGDIP*, 2005-II, vol.109, pp. 389-406
- TAVERNIER, Paul, « Article 15 », in PETTITI, Louis Edmond, DECAUX, Emmanuel, IMBERT, Pierre-Henri, (Dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, 2<sup>ème</sup> Edition, Paris, Economica, 1999, 1230 pp. 389-503
- TREMBLAY, Geneviève, « Les situations d'urgence qui permettent en droit international de suspendre les droits de l'homme », *Les Cahiers de Droit*, N°18, 1977
- WESSELS, Leon, «Derogation from Human Rights: a possible dispensation for Africa and Southern Africa», *South African Yearbook of International Law*, vol. 27, 2002, pp. 120-139
- « The Lagos Conference on the Rule of Law », *Journal of African Law*, vol. 5, N°1, Printemps 1961, pp. 1-4
- « Symposium: Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights », *Human Rights Quarterly*, vol. 7, 1985, pp. 1-58
- « Symposium: Security of the Person and Security of the State: Human Rights and Claim of National Security », *Yale Journal of World Public Order*, vol. 9, 1982-1983

#### **h. Sur les immunités et le jus cogens**

- BANTEKAS, Ilias, « Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany, Case N° 137/1997 », *American Journal of International Law*, vol. 92, N°4, 1998, pp. 765-768
- BANTEKAS, Ilias, GAVOUNELI, Maria, « Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany, Case N°11/2000 », *American Journal of International Law*, vol. 95, N°1, 2001, pp. 198-204
- BARTSCH, Kerstin, EBERLING, Björn, « Jus Cogens vs. State Immunity, Round Two: The Decision of the European Court of Human Rights in the Kalogeropoulou et al. v. Greece and Germany Decision », *German Law Journal*, vol. 4, N°5, 2003, pp. 477-491
- BATES, Ed, «The Al-Adsani Case, State Immunity and the International Legal Prohibition on Torture », *Human Rights Law Review*, vol. 3, 2003, pp. 193-224
- BIANCHI, Andrea, «Denying Immunity to Violators of Human Rights », *Austrian Journal of Public and International Law*, vol. 46, 1994, pp. 195-229

- BIANCHI, Andrea, « Immunity versus Human Rights: the Pinochet Case », *European Journal of International Law*, vol. 10, N°2, 1999, pp. 237-277
- BIANCHI, Andrea, « L'immunité des Etats et les violations graves des droits de l'homme : la fonction de l'interprète dans la détermination du droit international », *Revue Générale de droit international public*, vol. 108, 2004, N° 1, pp. 63-101
- CAPLAN, Lee M., «State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: A critique of the normative hierarchy theory», *American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, pp. 741-781
- DE SENA, Pasquale, DE VITTOR, Francesca, «State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case», *European Journal of International Law*, vol. 16, N°1, 2005, pp. 89-112
- FOCARELLI, Carlo, «Immunité des Etats et Jus Cogens: La dynamique du droit international et la fonction du *jus cogens* dans le processus de changement de la règle sur l'immunité juridictionnelle des Etats étrangers», *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 112, N°4, 2008, pp. 761-793
- FOX, Hazel « The First Pinochet Case: Immunity of a Former Head of State », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 40, 1991, pp. 207-216
- KARAGIANNAKIS, Magdalini, « State Immunity and Fundamental Human Rights », *Leiden Journal of International Law*, vol. 11, 1998, pp. 9-43
- MACGREGOR, Timothy Scott, « State Immunity and Jus Cogens », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, 2006, pp. 437- 446
- OLIVEIRA MOLL, Leandro de, « Al-Adsani v. United Kingdom, State Immunity and Denial of Justice with Respect to Violations of Fundamental Human Rights », *Melbourne Journal of International Law*, vol. 4, 2003, pp. 561-591
- ORAKHELASHVILI, Alexander, «State Immunity and International Public Order», *German Yearbook of International Law*, vol. 45, 2002, pp. 227-265
- ZIMMERMANN, Andreas, « Sovereign Immunity and Violations of International *Jus Cogens*- Some Critical Remarks », *Michigan Journal of International Law*, vol. 16, 1994-1995, pp. 443-440
- *State Immunity: An update in the light of the Jones Case*, Report of Greg Falk of, Chatham House, International Law, 21 novembre 2006

#### **i. Droit international humanitaire**

- ABI-SAAB, Georges, « Conflicts of a non-international character: non-international armed conflicts », in *International dimensions of humanitarian law*, UNESCO, Genève/Paris/Dordrecht/Boston, Henry Dunant Institute/UNESCO/Martinius Nijhoff, 1988, pp. 217-239
- ABI-SAAB, Rosemary, «Les Principes généraux du droit humanitaire selon la Cour internationale de justice», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, N° 766, juillet-août 1987, pp. 381-389
- ABI-SAAB, Rosemary, «Human Rights and Humanitarian Law in Internal Conflicts», in WARNER, Daniel, (Ed.), *Human Rights and Humanitarian Law: The Quest for Universality*, La Haye, Martinius Nijhoff, Nijhoff Law Specials N°29, 1997, pp. 107-123
- AGGELEN VAN, Johannes G.C., «Protection of Human Rights in the Israeli held territories since 1967 in the light of the Fourth Geneva Convention», *Revue Egyptienne de Droit International*, 1976, pp. 83-124
- BENISON, Audrey I., « War Crimes: A Human Rights Approach to a Humanitarian Problem at the International Criminal Court », *Georgetown Law Journal*, vol. 88, 1999-2000, pp. 141-175

- BEN-NAFTALI, Orna, « The Extraterritorial Application of Human Rights to Occupied Territories », *Proceedings of the Annual Meeting*, vol. 100, 2006, pp. 90-95
- BENVENUTI, Paolo, « Ensuring Observance of International Humanitarian Law: Function, Extent and Limits of the Obligation of Third States to Ensure Respect of IHL », *Yearbook of the Institute of International Humanitarian Law*, International Institute of Humanitarian Law, 1989-1990, pp. 27-55
- BLISCHCHENKO, Igor P., « Conflit armé et protection des droits de l'homme », *Revue de Droit Contemporain*, vol. 18, 1971, pp. 232-238
- BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, CONDORELLI, Luigi, « Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de respecter et faire respecter le droit international humanitaire en toutes circonstances », in SWINARSKI, Christophe, (Ed.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge/Studies and essays on international humanitarian law and Red Cross principles, en l'honneur de/in honour of Jean Pictet*, Genève/La Haye, CICR/Martinius Nijhoff, 1984, pp. 18-
- BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, CONDORELLI, Luigi, « Common Article 1 of the Geneva Conventions revisited : Protecting Collective Interests », *International Review of the Red Cross*, N° 837, 2000, pp. 67-87
- BREAU, Susan, « The Humanitarian Law Implications of the Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory », in BREAU, Susan C., et al., (Eds.), *Testing the boundaries of international humanitarian law*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2006, pp. 191-220
- BURNOS, H.S., « The application of international humanitarian law as compared to human rights law in situations qualified as internal armed conflict, internal disturbances and tensions or public emergency, with special reference to war crimes and political crimes », in KALSHOVEN, Frits, SANDOZ, Yves, (Eds.), *Implementation of International Humanitarian Law*, Dordrecht, Martinius Nijhoff Publishers, 1989, pp. 1-30
- BYRON, Christine, « A Blurring of the Boundaries: Application of International Humanitarian Law by Human Rights Bodies », *Virginia Journal of International Law*, vol. 47, N°4, 2006-2007, pp. 839-896
- CALOGEROPOULOS-STRATIS, Aristidis S., « Droit Humanitaire- droits de l'homme et victimes des conflits armés », in SWINARSKI, Christophe, (Ed.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge/Studies and essays on international humanitarian law and Red Cross principles, en l'honneur de/in honour of Jean Pictet*, Genève/La Haye, CICR/Martinius Nijhoff, 1984, pp. 655-662
- CASSESE, Antonio, « The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky ? », *European Journal of International Law*, vol. 11, N° 1, 2000, pp. 187-216
- CERNA, Christina M., « Human Rights in armed conflict: implementation of international humanitarian law norms by regional intergovernmental human rights bodies », in KALSHOVEN, Frits, SANDOZ, Yves, (Eds.), *Implementation of International Humanitarian Law*, Dordrecht, Martinius Nijhoff Publishers, 1989, pp. 31-67
- CHETAIL, Vincent, « The Fundamental Principles of Humanitarian Law Through the Case Law of the International Court of Justice », *Refugee Survey Quarterly*, vol. 21, N° 3, 2002, pp. 199-211
- CHETAIL, Vincent, « The contribution of the International Court of Justice to International Humanitarian Law », *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, N° 850, juin 2003, pp. 235-269
- CLAPHAM, Andrew, « The Role of Individual in International Law », *European Journal of International Law*, vol. 21, N° 1, 2010, pp. 25-30
- COHEN, Amichai, « Rules and Standards in the Application of International Humanitarian Law », *Israel Law Review*, vol. 41, 2008, pp. 41-66

- CONDORELLI, Luigi, «Nuclear Weapons: A Weighty matter for the International Court of Justice», *International Review of the Red Cross*, N° 319, 1997, at. <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jnfk.htm>, consulté le 8 avril 2011
- CRYER, Robert, «The Security Council and International Humanitarian Law», in BREAU, Susan C., et al., (Eds.), *Testing the boundaries of international humanitarian law*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2006, pp. 245-275
- DALE, Stephens, «Human Rights and Armed Conflict- The Advisory Opinion of the International Court of Justice in the Nuclear Weapons Case », *Yale Human Rights and Development Law Journal*, vol. 4, 2001, pp. 1-24
- DAVID, Eric, « Droits de l'homme et droit humanitaire », in *Mélanges Fernand Dehousse*, vol. 1, Paris, F. Nathan, 1979, pp. 169-181
- DENNIS, Michael J., «Application of Human Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation», *American Journal of International Law*, vol. 99, 2005, pp. 119-141
- DENNIS, Michael J., «Application of Human Rights Treaties Extraterritorially During Times of Armed Conflict and Military Occupation », *Proceedings of the Annual Meeting*, vol. 100, 2006, pp. 86-90
- DINSTEIN, Yoram, «Human rights in armed conflicts: International humanitarian law», in MERON, Theodor, (Ed.), *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues*, Oxford, Clarendon Press, 1984, pp. 345-368
- DINSTEIN, Yoram, «The International law of civil wars and human rights», *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 6, 1976, pp. 62-80
- DINSTEIN, Yoram, « The Reform of the Protection of Human Rights during armed conflict and period of emergency and crisis », in *The reform of international institutions for the protection of human rights: first International Colloquium on Human Rights*, La Laguna, Tenerife, novembre 1992, Bruxelles, Bruylant, 1993
- DINSTEIN, Yoram, «The international law of inter-States wars and human rights», *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 7, 1997, pp. 139-145
- DINSTEIN, Yoram, «International Humanitarian Law as “Lex Specialis”», in *International Humanitarian Law and Other Legal Regimes: Interplay in situations of Violence: Proceedings*, Milan, Nagard, 2005, pp. 103-107
- DOSWALD-BECK, Louise, «Human Rights and Humanitarian Law: are there some individuals bereft of all legal protection? », *ASIL Proceedings*, vol. 98, 2004, pp. 353-358
- DOSWALD-BECK, Louise, VITE, Sylvain, «International Humanitarian Law and Human Rights Law », *International Review of the Red Cross*, N° 293, 1993, pp. 94-119
- DOSWALD-BECK, Louise, VITE, Sylvain, «Le droit international humanitaire et les droits de l'homme », *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, N° 800, 1993, pp. 99-128
- DRAPER, Gerald I.A.D., «The Relationship between the Human Right and the Law of Armed Conflicts», *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 1, 1971, pp. 191-207
- DUPUY, Pierre-Marie, «Les considérations élémentaires d'humanité dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice», in Dupuy, Jean-René, (dir.), *Mélanges en l'Honneur de Nicolas Valticos : droit et justice*, Paris, Pedone, 1999, pp. 117-130
- DURHAM, Helen, « International Humanitarian Law and the Gods of War: The Story of Athena versus Ares », *Melbourne Journal of International Law*, vol. 8, 2007, pp. 248-258
- EIDE, Asbjørn, «The laws of war and human rights: Differences and Convergences», in SWINARSKI, Christophe, (Ed.), *Etudes et Essays sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge/Studies and essays on international humanitarian law and Red Cross principles, en l'honneur de/in honour of Jean Pictet*, Genève/La Haye, CICR/Martinius Nijhoff, 1984, pp. 675-698

- EIDE, Asbjørn, «Internal disturbances and tensions», in *International Dimensions of Humanitarian Law*, Henry Dunant Institute/UNESCO, Genève/Paris, 1988, pp. 241-256
- EIDE, Asbjørn, ROSAS, Allan, MERON, Theodor, «Combating Lawfulness in gray zone conflicts through Minimum Humanitarian Standards», *American Journal of International Law*, vol. 89, 1995, pp. 215-223
- FLAUSS, Jean-François., «Le droit international humanitaire devant les instances de contrôle des conventions européenne et interaméricaine des droits de l'homme », in *Les nouvelles frontières du droit international humanitaire : actes du colloque du 12 avril 2002 organisé par l'Institut d'études du droit international de l'Université de Lausanne*, Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 2003, pp. 117-133
- FLECK, Dieter, «International Accountability for Violations of the *Jus in Bello*: The Impact of the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law», *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 11, N° 2, 2006, pp. 179-199
- FLECK, Dieter, WOLFRUM, Rüdiger, «Enforcement of International Humanitarian Law», in FLECK, Dieter, (Ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2<sup>nd</sup> Edition, Oxford, Oxford, University Press, 2008, pp. 675-722
- FOCARELLI, Carlo, «Common Article 1 of the 1949 Geneva Conventions: A Soap Bubble», *European Journal of International Law*, vol. 21, N° 1, 2010, pp. 125-171
- FORSYTHE, David P., « Human Rights and Internal Conflicts: Trends and Recent Developments», *California Western International Law Journal*, vol. 12, 1982, pp. 287-304
- FROWEIN, Joachen Abraham, « The Relationship between Human Rights Regimes and Regimes of Belligerent Occupation », *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 28, 1999, pp. 1-16
- GAETA, Paola, «The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law», *European Journal of International Law*, vol. 10, 1999, pp. 172-191
- GASSER, Hans-Peter, « A Measure of Humanity in Internal Disturbances and Tensions: Proposals for a Code of Conduct», *International Review of the Red Cross*, N°262, janvier-février 1988, pp. 38-58
- GASSER, Hans-Peter, « Troubles et tensions internes : un nouveau projet de déclaration sur les normes humanitaires minimales», *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, N°789, mai- juin 1991
- GASSER, Hans-Peter, « Collective Economic Sanctions and International Humanitarian Law: An Enforcement Measure under the United Nations Charter and the Right of Civilians to Immunity: an Unavoidable Clash of Policy Goals? », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 56, 1996, pp. 871-904
- GASSER, Hans-Peter, «International Humanitarian Law and Human Rights in Non-international Armed Conflict: Joint Venture or Mutual Exclusion?», *German Yearbook of International Law*, vol. 45, 2002, pp. 149-162
- GOWLLAND-DEBBAS, Vera, «The relevance of Paragraph 25 of the ICJ's Advisory Opinion on Nuclear Weapons», *ASIL Proceedings*, vol. 98, 2004, pp. 358-363
- GREEN, Leslie Claude, «Human rights and the law of armed conflict», in GREEN, L.C., (Ed.), *Essays on the modern law of War*, Dobbs Ferry, New York, Transnational Publishers, 1985, pp. 83-102
- GREEN, Leslie Claude, «The Relations between Human Rights Law and International Humanitarian Law: a Historical Overview», in *Testing the Boundaries of International Humanitarian Law*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2006, pp. 49-83

- GREENWOOD, Christopher, «Historical Development and Basis», in FLECK, Dieter, (Ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2<sup>nd</sup> Edition, Oxford, Oxford, University Press, 2008, pp. 1-43
- GRUNIS, Asher D., «The United Nations and Human Rights in the Israeli Occupied Territories», *The International Lawyer*, vol. 7, 1973, pp. 271-278
- GUTTERIDGE, Joyce A.C., « The Geneva Conventions of 1949», *British Yearbook of International Law*, vol. 26, 1949, pp. 294-326
- HADDEN, Tom, HARVEY, Colin, «The Law of Internal Crisis and Conflict», *International Review of the Red Cross*, N° 833, 1999, pp. 119-133
- HAMPSON, Françoise, «Belligerent Reprisals and the 1977 Protocols to the Geneva Conventions of 1949», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 37, 1988, pp. 818-843
- HAMPSON, Françoise, «Human rights and humanitarian law in internal conflicts», in MEYER, Michael A., (Ed.), *Armed Conflict and the New Law*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, vol. II, 1993, pp. 53-82
- HAMPSON, Françoise, «Other Areas of Customary Law in Relation to the Study», in WILMSHURST, Elizabeth, BREAU, Susan, (Eds.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, Chatham House, British Institute of International and Comparative Law, Cambridge University Press, 2007, pp. 50-73
- HEINTZE, Hans-Joachim, «On the relationship between human rights law protection and international humanitarian law», *International Review of the Red Cross*, N° 856, décembre 2004, pp. 789-813
- HEINTZE, Hans-Joachim, «The European Court of Human Rights and the Implementation of Human rights standards during armed conflicts», *German Yearbook of International Law*, vol. 45, 2002, pp. 60-77
- HERCZEGH, Geza, «Some Thoughts on Ideas that Gave Rise to International Humanitarian Law», *International Law Studies Series US Naval War College*, vol. 71, 1998, pp. 293-310
- IBANGA, Mike, «Determining the Proper Scope of International Humanitarian Law», *Sri Lanka Journal of International Law*, vol. 7, 1995, pp. 95-106
- IMSEIS, Ardi, «Critical Reflections on The International Humanitarian Law Aspects of the ICJ Wall Advisory Opinion», *American Journal of International Law*, vol. 99, 2005, pp. 102-118
- JIA, Bing Bing, «The Doctrine of Command Responsibility, Current Problems», *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 3, 2000, pp. 131-165
- JUNOD, Sylvie, «Human Rights and Protocol II», *International Review of the Red Cross*, vol. 236, 1983, pp. 246-254
- JUNOD, Sylvie, « Additional Protocol II: history and scope», *The American University Law Review*, vol. 33, N° 1, 1983-1984, pp. 29-40
- KALSHOVEN, Frits, «The Undertaking to Respect and Ensure Respect in all Circumstances: From tiny Seed to ripening Fruit», *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 2, 1999, pp. 3-61
- KOLB, Robert, « Aspects Historiques de la Relation entre le Droit International Humanitaire et les droits de l’homme », *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 37, 1997, pp. 57-99
- KOLB, Robert, « The Relationship Between International Humanitarian Law and Human Rights Law: a brief history of the 1948 Universal Declaration of Human Rights and the 1949 Geneva Conventions», *International Review of the Red Cross*, N° 342, 1998, pp. 409-419

- KOT, Jean-Philippe «Le droit humanitaire devant les juridictions de protection des droits de l'homme : propos autour des arrêts « Issaieva Youssoupova et Bazaieva contre Russie » de la Cour européenne des droits de l'homme », *L'Observateur des Nations Unies*, vol. 19, 2005, pp. 101-122
- KRETZMER, David, « The Advisory Opinion : The Light Treatment of International Humanitarian Law », *American Journal of International Law*, vol. 99, 2005, pp. 88-102
- KWAKWA, Edward, «Belligerent Reprisals in the Law of Armed Conflict», *Stanford Journal of International Law*, vol. 27, 1990-1991, pp. 49-82
- LAUCCI, Cyril, «Les violations des lois et coutumes de la guerre civile à travers la jurisprudence du tribunal pénal», *L'Observateur des Nations Unies*, N°1, 1996, pp. 91-99
- LEVRAT, Nicolas, « Les conséquences de l'engagement pris par les Hautes Parties Contractantes de « faire respecter » les Conventions humanitaires », in KALSHOVEN, Frits, SANDOZ, Yves, (Eds.), *Implementation of International Humanitarian Law*, Dodrecht, Martinius Nijhoff Publisher, 1989, pp. 263-295
- LUBELL, Noam, « Challenges in applying human rights law to armed conflict », *International Review of the Red Cross*, N° 860, 2005, pp. 737-754
- LYSAGHT, Charles, « The scope of Protocol II and its relation to common Article 3 of the Geneva Conventions of 1949 and other human rights instruments », *The American University Law Review*, vol. 33, 1983-1984, pp. 9-27
- MELANDER, Göran, «International Humanitarian Law and Human Rights», *Scandinavian Studies in Law*, vol. 24, 1985, pp. 139-148
- MARTIN, Fanny, « Application du droit international humanitaire par la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, N° 844, 2001, pp. 1037-1066
- MARTIN, Fanny, « Le droit international humanitaire devant les organes de contrôle des droits de l'homme », *Droits Fondamentaux*, N° 1, juillet.-déc. 2001, pp. 119-148
- MELANDER, Göran, « International humanitarian law and human rights », *Scandinavian Studies in Law*, vol. 29, 1985, pp. 137-148
- MERON, Theodor, « On the inadequate reach of humanitarian and human rights law and the need for a new instrument », *American Journal of International Law*, vol. 77, 1983, pp. 589-606
- MERON, Theodor, « Towards a Humanitarian Declaration on Internal Strife », *American Journal of International Law*, vol. 78, 1984, pp. 859-868
- MERON, Theodor, « The Geneva Conventions as Customary Law », *American Journal of International Law*, vol. 81, 1987, pp. 348-370
- MERON, Theodor, « The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law », *American Journal of International Law*, vol. 90, 1996, pp. 238-249
- MERON, Theodor, « Convergences of International Humanitarian Law and Human Rights Law », in WARNER, Daniel, (Ed.), *Human Rights and Humanitarian Law: The Quest for Universality*, La Haye, Martinius Nijhoff, Nijhoff Law Specials N°29, 1997, pp. 97-105
- MERON, Theodor, «The Martens Clause, Principles of Humanity and Dictates of Public Conscience», *American Journal of International Law*, vol. 94, 2000, pp. 78- 89
- MERON, Theodor, «The Humanization of Humanitarian Law», *American Journal of International Law*, vol. 94, 2000, pp. 239-278
- MEURANT, Jacques, «Droit humanitaire et droits de l'homme: spécificités et convergences », *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, vol. 800, 1993, pp. 93-98
- MEYROWITZ, Henri, « Le droit de la guerre et les droits de l'homme », *Revue du droit public et de la science politique en Royaume-Uni et à l'étranger*, vol. 88, 1972, pp. 1059-1105

- MILANOVIC, Marko, « A Norm Conflict Perspective on the Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law », *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 14, N°3, 2010, pp. 459-483
- MITCHELL, Andrew D., « Does one Illegality Merit Another? The Law of Belligerent Reprisals in International Law », *Military Law Review*, vol. 170, 2001, pp. 155-177
- MOIR, Lindsay, « Law and the Inter-American Human Rights System », *Human Rights Quarterly*, vol. 25, 2003, N°1, pp. 182-212
- MOMTAZ, Djamchid, « The minimum humanitarian rules applicable in periods of internal tension and strife », *International Review of the Red Cross*, N° 324, 1998, pp. 455-462
- MONTEALEGRE, Hernan, « The Compatibility of a State Party's Derogation under Human Rights Conventions with its obligations under Protocol II and common Article 3 », *The American University Law Review*, vol. 33, 1983-1984, pp. 41-51
- MUSHKAT, Miron, « The development of international humanitarian law and the law of human rights », *German Yearbook of International Law*, vol.21, 1978, pp. 150-168
- O'DONNELL, Daniel, « Trends in the Application of International Humanitarian Law by United Nations Human Rights Mechanisms », *International Review of the Red Cross*, N° 324, 1998, pp. 481-503
- ORAKHELASHVILI, Alexander, « The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence? », *European Journal of International Law*, vol. 19, N°1, 2008, pp. 161-182
- PALWANKAR, Umesh, « Measures available to States for fulfilling their obligations to ensure respect for international humanitarian law », *International Review of the Red Cross*, vol. 298, 1994, pp. 9-26
- PARKER, Karen, « Human Rights and Humanitarian Law », *Whittier Law review*, vol. 7, N°3, 1985, pp. 675-681
- PARTSCH, Karl Joseph, « Human rights and humanitarian law », *Encyclopaedia of Public Law*, vol. 2, 1995, pp. 910-912
- PARTSCH, Karl Joseph, « La protection internationale des droits de l'homme et les Conventions de Genève de la Croix-Rouge », *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 26, 1974, pp. 73-83
- PAUST, Jordan J., « Law in guerrilla conflict : myths, norms and human rights », *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 3, 1973, pp. 39-77
- PETRASEK, David, « Moving Forward on the Development of Minimum Humanitarian Standards », *American Journal of International Law*, vol. 92, 1998, pp. 557-573
- PHILIPPE, Xavier, « The Protection of Socio-economic Rights in International Humanitarian Law : Socio-economic Rights in Armed Conflicts », *Paper presented at the Aix- UWC Colloquium on the Regional Realization of Socio-economic Rights : A European and Southern African Perspective*, Cape Town, août 2003 ; « La protection des droits économiques et sociaux par le droit international humanitaire : les droits économiques et sociaux dans le cadre des conflits armés », in *Les droits sociaux fondamentaux à l'âge de la mondialisation*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005, pp. 75-87
- PILLOUD, Claude, « La Déclaration universelle des droits de l'homme et les Conventions Internationales protégeant les victimes de la guerre », *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, vol. 364, 1949 mars, pp. 252-258
- PLATTNER, Denise, « Le droit humanitaire et le noyau intangible du droit international des droits de l'homme », in MEYER-BISCH, Patrice, (Ed.), *Le noyau intangible des droits de l'homme : actes du VII<sup>ème</sup> Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme*, Fribourg, Editions Universitaires, 1991, pp. 197-205

- PLATTNER, Denise, « Droit International Humanitaire et Droits de l'Homme Intangibles ou non-susceptibles de Dérogation », in PREMONT, Daniel, STENERSEN, Christian, OSEREDCZUK, Isabelle (Eds.), *Droits Intangibles et Etats d'Exception*, Bruxelles, Organisation Internationale et Relations Internationales N°36, Association de Consultants Internationaux en droits de l'homme, Bruylant, 1996, pp. 333-348
- POST, Harry H. G., « Some Curiosities in the Sources of the Law of Armed Conflict Conceived in a General International Legal Perspective », in BARNHOORN, L.A.N.M, WELLENS, Karel C., *Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law*, La Haye/Boston/Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 83-117
- PRUD'HOMME, Nancie, « Lex Specialis: Oversimplifying a more Complex and Multifaceted Relationship », *Israel Law Review*, vol. 40, N°2, 2007, pp. 355-395
- PUSTOGOROV, V.V., « The Martens Clause in International Law », *Journal of the History of International Law*, vol. 1, 1999, pp. 125-135
- ÖBERG, Marco Divac, « The absorption of grave braches into war crimes law », *International Review of the Red Cross*, vol. 91, N° 873, Mars 2009, pp., 163-183
- QUENTIN-BAXTER, Robert Q., « Human rights and humanitarian law- confluence or conflict », *Australian Yearbook of International Law*, vol. 9, 1980, pp. 94-112
- RAMCHARAN, Bertrand G., « The role of international bodies in the implementation and enforcement of humanitarian law and human rights law in non-international armed conflicts », *The American University Law Review*, vol. 33, 1983-1984, pp. 99-115
- RAUCH, Elmar, « Le concept de nécessité militaire dans le droit de la guerre », *Military Law and Law of War Review*, vol. 19, 1980, pp. 205-240
- REIDY, Aisling, « La pratique de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme en matière de droit international humanitaire », *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, N° 831, 1998, pp. 543-568
- REUTER, Paul, « Droit humanitaire et droits de l'homme: spécificités et convergences », *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, N° 800, 1993, pp. 93-128
- ROBERTSON, Arthur Henry, « Humanitarian law and human rights », in SWINARSKI, Christophe, (Ed.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge/Studies and essays on international humanitarian law and Red Cross principles, en l'honneur de/in honour of Jean Pictet*, Genève/La Haye, CICR/Martinius Nijhoff, 1984, pp. 793-802
- RODLEY, Nigel S., « Human Rights and Humanitarian Intervention : The Case Law of the World Court », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 38, 1989, pp. 321-333
- ROUCOUNAS, Emmanuel J., « Les infractions graves au droit international humanitaire : Article 85 du Protocole Additionnel I aux Conventions de Genève », *Revue Hellénique de Droit International*, vol. 31, 1978, pp. 57-153
- RUBIN, Alfred P., « Applying the Geneva Conventions: Military Commissions, Armed Conflicts and Al-Qaeda », *The Fletcher Forum of World Affairs*, vol. 26, 2002, pp. 79-81
- RWELAMIRA, Medard R., « Human Rights and International Humanitarian Law: the Link or Common Ground Revisited », *Stellenbosch Law Review*, vol. 3, 1992, pp. 329-348
- SANDOZ, Yves, « La relation entre le droit international humanitaire, le droit international des droits de l'homme et le droit des réfugiés dans les situations de conflit armé », in *International Humanitarian Law and Other Legal Regimes: Interplay in situations of Violence, Proceedings*, Milan, Nagard, 2005, pp. 91-102
- SASSOLI, Marco, « Mise en œuvre du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme : Une comparaison », *Annuaire Suisse de Droit International*, vol. XLIII, 1987, pp. 24-61
- SASSOLI, Marco, « State Responsibility of Violations of International Humanitarian Law », *International Review of the Red Cross*, vol. 84, N° 846, juin 2002, pp. 401-434

- SASSOLI, Marco, « Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers », *European Journal of International Law*, vol. 16, N°4, 2005, pp. 661-694
- SCHABAS, William A., « *Les Specialis? Belt and Suspenders? The Parallel Operation of Human Rights Law and the Law of Armed Conflict, and the Conundrum of Jus ad Bellum* », *Israel Law Review*, vol. 40, 2007, pp. 592-613
- SCHINDLER, Dietrich, « Les voies distinctes de l'évolution du droit international humanitaire et des droits de l'homme », *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, N° 715, 1979, pp. 3-15
- SCHINDLER, Dietrich, « Human Rights and Humanitarian Law », *The American University Law Review*, vol. 31, 1981-1982, pp. 935-977
- SCHINDLER, Dietrich, « Human Rights and Humanitarian Law: Interrelationship of the Laws », *American University Law Review*, vol. 31, 1981-82, N°4, pp. 935-977
- SCHINDLER, Dietrich, « Le Comité International de la Croix-Rouge et les droits de l'homme », *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, N° 715, janv.-févr. 1979, pp. 3-15
- SCHMITT, Michael N., « Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law : Preserving the Delicate Balance », *Virginia Journal of International Law*, vol. 50, 2009-2010, pp. 795-840
- SCOBIE, Iain, « The Approach to Customary International Law in the Study », in WILMSHURST, Elizabeth, BREAU, Susan, (Eds.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, Chatham House, British Institute of International and Comparative Law, Cambridge University Press, 2007, pp. 15-49
- SCOBIE, Iain, « Principle or Pragmatics? The Relationship between Human Rights Law and the Law of Armed Conflict », *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 14, N°3, 2010, pp. 449-457
- SEPULVEDA, Cesar, « Interrelationships in the Implementation and Enforcement of International Humanitarian Law and Human Rights Law », *American University Law Review*, vol. 33, 1983-1984, N°1, pp. 117-124
- SOLF, Waldemar A., « Problems with the application of norms governing interstate armed conflict to non-international armed conflict », *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 13, 1983, pp. 291-301
- STARCEVIC, Miodrag, « International Humanitarian Law- International Human Rights Law: Some Proposals for Improving Dissemination », in *International Humanitarian Law and Other Legal Regimes: Interplay in situations of Violence : Proceedings*, Milan, Nagard, 2005, pp. 29-32
- STEPHENS, Dale, « Human Rights and Armed Conflict- the Advisory Opinion of the International Court of Justice in the Nuclear Weapons Case », *Yale Human Rights and Development Law Journal*, vol. 4, 2001, pp. 1-24
- STREBEL, Helmut, « Martens Clause », in BERNHARDT, Rudolf, (Dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, North-Holland, Amsterdam-New-York, 1997, pp. 326-327
- SUTER, Keith D., « An inquiry into the meaning of the phrase "Human rights in armed conflict" », *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, vol. 15, 1976, pp. 393-428
- TICEHURST, Rupert, « The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict », *International Review of the Red Cross*, N° 317, 1997, pp. 125-134
- TOMUSCHAT, Christian, « Human Rights and International Humanitarian Law », *European Journal of International Law*, vol. 21, N° 1, 2010, pp. 15-23
- TURNS, David, « Implementation and Compliance », in WILMSHURST, Elizabeth, BREAU, Susan, (Eds.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International*

- Humanitarian Law*, Cambridge, Chatham House, British Institute of International and Comparative Law, Cambridge University Press, 2007, pp. 354-376
- VAN BOVEN, Theodor C., « Reliance on norms of humanitarian law by the United Nations' organs », in *Humanitarian law of armed conflict challenges ahead: essays in honour of Frits Kalshoven*, Dordrecht/Boston, Martinus Nijhoff, 1991, pp. 495-513
  - VEUTHEY, Michel, « Implementation and Enforcement of Humanitarian Law and Human Rights Law in Non-International Armed Conflicts: the Role of the International Committee of the Red Cross », *The American University Law Review*, vol. 33, N°1, 1983-1984, pp. 83-97
  - VEUTHEY, Michel, « Droit international humanitaire et droits de l'homme : de Solferino à Guantanamo », in YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, Alice, (Dir.), *L'état actuel des droits de l'homme dans le monde : défis et perspectives : conférence internationale à l'occasion du 25<sup>ème</sup> anniversaire d'activités de la FMDH*, Paris, Pedone, 2006, pp. 65-69
  - VIGNY, Jean-Daniel, Thompson, Cecilia, « Standards fondamentaux d'humanité : quel avenir? », *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, N° 840, 2000, pp. 917-939
  - VINUESA, Raul Emilio, « Interface, correspondence and convergence of human rights and international humanitarian law », *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 1, 1998, pp. 69-110
  - WEISSBRODT, David, ANDRUS, Beth, « The Right to Life during Armed Conflict: *Disabled Peoples' International v. United States* », *Harvard International Law Journal*, vol. 29, 1998, pp. 59-83
  - WEISSBRODT, David, HICKS, Peggy L., « Implementation of human rights and humanitarian law in situations of armed conflicts », *International Review of the Red Cross*, vol. 800, 1993, pp. 94-119
  - ZEGVELD, Liesbeth, « Commission interaméricaine des droits de l'homme et droit international humanitaire: commentaire sur l'affaire de la Tablada », *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, N° 831, 1998, pp. 543-550
  - ZYBERI, Gentian, « The Development and Interpretation of International Human Rights and Humanitarian Law Rules and Principles through the Case-Law of the International Court of Justice », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 25, 2007, N°1, pp. 117-139
  - « Résolutions et décisions du Conseil des Délégués, octobre 1983 », *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, N° 744, 1984, pp.

#### **j. Sur les relations entre le droit international et le terrorisme**

- BENVENISTI, Eyal, « National Courts and the War on Terrorism », in BIANCHI, Andrea (Ed.), *Enforcing International Law Norms against Terrorism*, Oxford and Portland, Vol. 4 in the series of Studies in International Law, Hart Publishing, 2004, pp. 307-329
- BIANCHI, Andrea, « Enforcing International Law Norms against Terrorism: Achievements and Prospects », in BIANCHI, Andrea (Ed.), *Enforcing International Law Norms against Terrorism*, Oxford and Portland, Vol. 4 in the series of Studies in International Law, Hart Publishing, 2004, pp. 491-534
- BORELLI, Silvia, « The treatment of Terrorist Suspects captured abroad: Human Rights and Humanitarian Law », in BIANCHI, Andrea (Ed.), *Enforcing International Law Norms against Terrorism*, Oxford and Portland, Vol. 4 in the series of Studies in International Law, Hart Publishing, 2004, pp. 39-62
- BORELLI, Silvia, « The Rendition of Terrorist Suspects to the United States: Human Rights and the limits of International Cooperation », in BIANCHI, Andrea (Ed.), *Enforcing International Law Norms against Terrorism*, Oxford and Portland, Vol. 4 in the series of Studies in International Law, Hart Publishing, 2004, pp. 331-373

- BOZEMAN, Adda B., «Human Rights and National Security», *The Yale Journal of World Public Order*, vol. 9, 1982-1983, pp. 40-77
- CLAPHAM, Andrew, « Terrorism, National Measures and International Supervision», in BIANCHI, Andrea (Ed.), *Enforcing International Law Norms against Terrorism*, Oxford and Portland, Vol. 4 in the series of Studies in International Law, Hart Publishing, 2004, pp. 283-305
- COLE, David, « Enemy Aliens», *Stanford Law Review*, vol. 54, 2001-2002, pp. 953-1004
- DAVIS, Jim, «A cautionary tale: Examining the use of military tribunals by the United States in the aftermath of the September 11 attacks in light of Peru's history of Human Rights abuses resulting from similar measures», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 31, 2002-2003, pp. 423-457
- DELBRUCK, Jost, « Safeguarding Internationally Protected Human Rights in National Emergencies: New Challenges in View of Global Terrorism », in BROHMER, Jürgen, and al., (Eds.), *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte, Festschrift für Georg Röss*, Carl Heymanns Verlag, 2005, pp. 35-46
- FENWICK, Helen, « Legislation, the Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001: A Proportionate Response to 11 September? », *The Modern Law Review*, vol. 65, 2002, pp. 724-762
- FITZPATRICK, Joan, «Speaking Law to Power: The War against Terrorism and Human Rights», *European Journal of International Law*, vol. 14, 2003, pp. 241-264
- JINKS, Derek, «International Human Rights Law and the War on Terrorism», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 31, 2002-2002, pp. 58-68
- KATYAL, Neal K., TRIBE, Laurence H., « Waging War, Deciding Guilt: Trying the Military Tribunals», *The Yale Law Journal*, vol. 111, 2001-2002, pp. 1259-1310
- KHAN, Rahmatullah, « The U.S. Military Tribunals to Try Terrorists», *ZAOERV*, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2002, pp. 293-316, [www.zaoerv.de](http://www.zaoerv.de), consulté le 20 mars 2008
- PAUST, Jordan J., « Antiterrorism Military Commissions: The ad hoc DOD rules of procedure», *Michigan Journal of International Law*, vol. 23, 2001-2002, pp. 677-694
- PAUST, Jordan J., « Judicial Power to Determine the Status and Rights of Persons Detained without Trial», *Harvard International Law Journal*, vol. 44, 2003, pp. 503-532
- POWELL, Rhonda, « Human Rights, Derogation and Anti-Terrorist Detention », *Saskatchewan Law Review*, vol. 69, 2006, pp. 79-100
- ROSAND, Eric, «Security Council Resolution 1373, the Counter-Terrorism Committee, and the Fight against Terrorism», *American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, pp. 333-341
- ROBERT, Adam, « Counterterrorism, Armed Force and the Laws of War», *Survival* 7, vol. 44, 2002, N°1, pp. 7-32
- SCALABRINA, Michelangela, « Fighting against International Terrorism: The Latin American Response», in BIANCHI, Andrea (Ed.), *Enforcing International Law Norms against Terrorism*, Oxford and Portland, Vol. 4 in the series of Studies in International Law, Hart Publishing, 2004, pp. 163-210
- SIEHR, Angelika, « Derogation Measures under Article 4 ICCPR, with Special Consideration of the "War Against International Terrorism" », *German Yearbook of International Law*, vol. 47, 2005, pp. 545-593
- STEYN, Johan, « Guantanamo Bay: The Legal Black Hole», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, 2004, N°2, pp. 1-16
- VON SCHORLEMER, Sabine, « Human Rights: Substantive and Institutional Implications of the War Against Terrorism», *European Journal of International Law*, vol. 14, 2003, N°2, pp. 265-282

- WARBRICK, Colin, « The European Convention on Human Rights and the Prevention of Terrorism », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 32, janvier 1983, pp. 82-119
- WARBRICK, Colin, « The principles of the European Convention on Human Rights and the responses of States to Terrorism », *European Human Rights Law Review*, 2002, N° 3, pp. 287-314
- « AGORA: Military Commissions », *American Journal of International Law*, vol. 96, 2002, pp. 320-358

#### **k. Sur les autres domaines du droit international et droit international privé**

- ALEXANDER, Gregory S., «The Concept of Function and the Basis of Regulatory Interests under Functional Choice-of-Law Theory: The Signification of Benefit and the Insignificance of Intention», *Virginia Law Review*, vol. 65, 1979, pp. 1063-1091
- BEWES, Wyndham, « Public Order (Ordre Public) », *The Law Quarterly Review*, vol. 37, 1921, pp. 315-322
- BONDENHEIMER, Edgar, «The Public Policy Exception in Private International Law: A Reappraisal in the Light of Legal Philosophy», *Seminar Jurist*, vol. 12, 1954, pp. 51-66
- DOLINGER, Jacob, «World Public Policy: Real International Public Policy in the Conflict of Laws», *Texas International Law Journal*, vol. 17, 1982, pp. 167-193
- FRANCESCAKIS, Phocion, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », *Revue Critique de droit international privé*, Tome 55, N°1, 1966, pp. 1-18
- GRAULICH, Paul, « Règles de conflit et règles d'application immédiate », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 1963, pp. 629-644
- GUEDJ, Thomas G., « The Theory of the Lois de Police. A Functional Trend in Continental Private International Law- A Comparative Analysis with Modern American Theories », *American Journal of International Law*, vol. 39, N° 4, 1991, pp. 661-697
- HARTLEY, Trevor, C., «Mandatory Rules in International Contracts: The Common Law Approach», *RCADI*, vol. 266, 1997, pp. 337-426
- HUSSERL, Gerhart, «Public Policy and Ordre Public», *Virginia Law Review*, vol. 25, 1938-1939, pp. 37-67
- JODLOWSKI, Jerzy, « Les Conventions relatives à la prorogation et à la dérogation à la compétence internationale en matière civile », *RCADI*, vol. 143, 1974, pp. 477-587
- MAYER, Pierre, « Les lois de police étrangères », *Journal du droit international*, vol. 277, N° 2, 1981, pp. 277-35
- LENHOFF, Arthur, « Optional Terms ( Jus Dispositivum) and Required Terms (Jus Cogens) in the Law of Contracts », *Michigan Law Review*, vol. 45, 1946-1947, pp. 39-77
- MURPHY, Kent, « The Traditional View of Public Policy and Ordre Public in Private International Law », *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 11, 1981, pp. 591-615
- PEREZ-BEVIA, José Antonio. « Dispositions impératives et lois de police dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *Revue Hellénique de Droit International*, vol. 17, 1982-1983, pp. 17-40
- POILLOT PERUZZETTO, Sylvaine, « Ordre Public et Lois de police dans l'ordre communautaire », Comité Français de droit international privé, 28 mars 2002, pp. 1-36, [www.ordrepubli-c-oi-police-comitédip-plan.doc](http://www.ordrepubli-c-oi-police-comitédip-plan.doc), consulté le 24 décembre 2009,
- RIGAUX, François, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale, Cours Général de Droit International Privé », *RCADI*, vol. 213, 1989, pp. 9-407

- RODRIGUEZ, Pineau, Elena, « European Union International *Ordre Public* », *Spanish Yearbook of International Law*, vol. III, 1993-1994, pp. 43-85
- SPERDUTI, Giuseppe, « Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public », *Revue critique de droit international privé*, Tome 66, N° 2, 1977, pp. 257-270
- VINUALES, Jorge, E., « State of Necessity and Peremptory Norms in International Investment Law », *Law and Business Review of the Americas*, vol. 14, 2008, pp. 79-103
- WENGLER, Wilhelm, « The General Principles of Private International Law », *RCADI*, vol. 104, 1961, pp. 273-469

### **1. Article 103 de la Charte des Nations Unies**

- ALVAREZ, Jose E., «Judging the Security Council», *American Journal of International Law*, vol. 90, 1996, pp. 1-39
- ARANGIO-RUIZ, Gaetano, «The “Federal Analogy and UN Charter Interpretation: A Crucial Issue», *European Journal of International Law*, vol. 1, 1997, pp. 1-28
- BERNHARDT, Rudolf, «Article 103», in SIMMA, Bruno, MOSLER, Hermann, RANDOLZHOFFER, Albrecht, TOMUSCHAT, Christian, WOLFRUM, Rüdiger, (Eds.), *The Charter of the United Nations, A Commentary*, 2<sup>nd</sup> Edition, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 1292-1302
- BIANCHI, Andrea, «Assessing the Effectiveness of the UN Security Council's Anti-Terrorism Measures: The Quest for Legitimacy and Cohesion», *European Journal of International Law*, vol. 17, N°5, 2006, pp. 881-919
- BIANCHI, Andrea, «Security Council's Anti-Terror Resolutions and their Implementation by Member States. An Overview», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, 2006, pp. 1044-1073
- BOHR, Sebastian, «Sanctions by the United Nations Security Council and the European Community», *European Journal of International Law*, vol. 4, 1993, pp. 256-268
- BOTHE, Michael, «Security Council's Targeted Sanctions against Presumed Terrorists. The Need to Comply with Human Rights Standards», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, 2008, pp. 541-555
- BOWETT, Derek, «The Impact of Security Council Decisions on Dispute Settlement Procedures», *European Journal of International Law*, vol. 5, 1994, pp. 89-101
- DE BURCA, Grainne, «The European Courts and the Security Council: Between Dédoublément Fonctionnel and Balancing of Values: Three replies to Pasquale de Sena and Maria Chiara Vitucci», *European Journal of International Law*, vol. 20, N° 3, 2009, pp. 853-887
- BURCA, de, Grainne, «The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi», *Jean Monnet Working Paper 01/09*, janvier 2009, [www.JeanMonnetPrgram.org](http://www.JeanMonnetPrgram.org), consulté le 4 mars 2010
- CADOUX, Charles, «La supériorité du droit des Nations Unies sur le droit des Etats membres», *Revue Générale de Droit International*, vol. 63, N° 4, 1959, pp. 649-680
- CANOR, Iris, «The European Courts and the Security Council: Between Dédoublément Fonctionnel and Balancing of Values: Three Replies to Pascal De Sena and Maria Chiara Vitucci», *European Journal of International Law*, vol. 20, N°3, 2009, pp. 853-887
- CANNIZZARO, Enzo, «Machiavelli, The UN Security Council and the Rule of Law», *Global Law Working Paper 11/05*, Hauser Global Law School Program, 2005, pp. 1-32
- CHINKIN, Christine, «Jus Cogens, Article 103 of the United Nations Charter and other Hierarchical Techniques of Conflict Solution», *Finnish Yearbook of International Law*, vol. XVII, 2006, pp. 63-82

- D'ASPREMONT, Jean, DOPAGNE, Frédérique, «Kadi : The ECJ's Reminder of the Elementary Divide Between Legal Order», *International Organizations Law Review*, vol. 5, 2008, pp. 371-379
- D'ASPREMONT, Jean, BRÖLMANN, Catherine, «Challenging International Criminal Tribunals Before Domestic Courts», in REINISCH, August, (Ed.), *Challenging Acts of International Organizations before National Courts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 111-136
- DE SENA, Pasquale, VITUCCI, Maria Chiara, «The European Courts and the Security Council : Between *Dédoublement Fonctionnel* and Balancing of Values», *European Journal of International Law*, vol. 20, N°3, 2009, pp. 193-228
- DOEHRING, Karl, «Unlawful Resolutions of the Security Council and their Legal Consequences», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 1, 1997, pp. 91-109
- ECONOMIDES, Constantin, « Les règles d'ordre public en droit international », in CONSTANTINIDES, Aristotle, ZAIKOS, Nikos, (Eds.), *The Diversity of International Law. Essays in Honour of Professor Kalliopi K. Koufa*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 15-28
- EECKHOUT, Piet, «Community Terrorism Listings, Fundamental Rights, and UN Security Council Resolutions. In Search of the Right Fit.», *European Constitutional Law Review*, vol. 3, 2007, pp. 183-206
- FASSBENDER, Bardo, «Sources of Human Rights Obligations binding the UN Security Council», in BEKKER, Pieter H.E., DOLZER, Rudolf, WAIBEL, Michael, (Eds.), *Making Transnational Law Work in the Global Economy. Essays in Honour of Detlev Vagts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 71-92
- FITZMAURICE, Gerald, «The Law and Procedure of the International Court of Justice-Treaty Interpretation and Certain other Treaty Points», *British Yearbook of International Law*, vol. 28, 1951, pp. 1-28
- FORAN, Padraic, «Why Human Rights Confuse the Sanctions Debate: Towards a Goal-Sensitive Framework for Evaluating United Nations Security Council Sanctions», *Intercultural Human Rights Law Review*, vol. 4, 2009, pp. 123- 174
- FRANCK, Thomas, «The “Powers of Appreciation”: Who is the Ultimate Guardian of UN Legality?», *American Journal of International Law*, vol. 86, 1992, pp. 519-523
- FRANCK, Thomas, « Is United Nations Charter a Constitution?», in FROWEIN, Jochen Abraham, SCHARIOTH, Klaus, WINKELMANN, Ingo, WOLFRUM, Rüdiger, (Eds.), *Verhandeln für Frieden= Negotiating for Peace: Liber Amicorum Tono Eitel*, Berlin, Springer, Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, N° 162, 2003, pp. 95-106
- GOODRICH, Leland M., HAMBRO, Edvard, «Article 103», in *Commentaire de la Charte des Nations Unies*, Histoire et Société d'aujourd'hui, Editions de la Baconnière, Neuchâtel, 1946, pp. 390-393
- GOODRICH, Leland M., HAMBRO, Edvard, SIMONS, Anne-Patricia, «Article 103», in *Charter of the United Nations, Commentary and Documents*, 3<sup>rd</sup> and Revised Edition, Columbia University Press, New York/ London, 1969, pp. 614-617
- GOWLLAND-DEBBAS, Vera, «The Limits of Unilateral Enforcement of Community Objectives in the Framework of UN Peace Maintenance», *European Journal of International Law*, vol. 11, N°2, 2000, pp. 361-383
- HERIK VAN DEN, Larissa, SCHRIJVER, Nico, «Eroding the Primacy of the UN System of Collective Security: The Judgment of the European Court of Justice in The Case of Kadi and Al Barakaat», *International Organizations Law Review*, vol. 5, 2008, pp. 329-338

- HILPOLD, Peter, «UN Sanctions Before the ECJ: The *Kadi* Case», in REINISCH, August, (Ed.), *Challenging Acts of International Organizations before National Courts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 18-53
- HINOJOSA MARTINEZ, Luis, «Bad Law for Good Reasons: The Contradictions of the *Kadi* Judgment», *International Organizations Law Review*, vol. 5, 2008, pp. 339-357
- HUTCHINSON, Lise-Claire, «R (on the application of Al-Jedda v. Secretary of State for Defence, 2007, UKHL, 58)», *Australian International Law Journal*, vol. 14, 2007, pp. 261-269
- ISANGA, Joseph, «Counter-Terrorism and Human Rights: The Emergence of a Rule of Customary International Law from UN Resolutions», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 37, 2008-2009, p.233-256
- JENKS, Wilfred, «The Conflict of Law-Making Treaties», *British Yearbook of International Law*, vol. 30, 1953, pp. 401-452
- JOHNSTONE, Iain, «Legislation and Adjudication in the UN Security Council: bringing Down the Deliberative Deficit», *American Journal of International Law*, vol. 102, 2008, pp. 275-308
- KARAYIGIT, Mustapha T., «The *Yusuf* and *Kadi* Judgements: The Scope of EC Competences in Respect of Restrictive Measures», *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 33, N° 4, 2006, pp. 379-404
- KELSEN, Hans, «Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under other International Agreements- An Analysis of Article 103 of the Charter», *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, §948-1949, pp. 284-294
- KOLB, Robert, «Does Article 103 of the Charter of the United Nations Apply only to Decisions or also to Authorizations Adopted by the Security Council?», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 64, 2004, pp. 21-35
- LAVRANOS, Nikolaos, «Judicial Review of UN Sanctions by the Court of First Instance», *European Foreign Affairs Review*, vol. 11, 2006, pp. 471-490
- LAVRANOS, Nikolaos, «UN Sanctions and Judicial Review», in WOUTERS, Jan, NOLLKAEMPER, André, DE WET, Erika, (Eds.), *The Europeanisation of International Law, The Status of International Law in the EU and its Member States*, La Haye, TMC Asser Press, 2008, pp. 185-204
- LAVRANOS, Nikolaos, «Joined Cases C-402/05P and C-415/05P, Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Union and Commission of the European Communities Judgment of the European Court of Justice (Grand Chamber) 3 September 2008», *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 36, N° 2, 2009, pp. 157-183
- LAVRANOS, Nikolaos, «Judicial Review of UN Sanctions by the European Court of Justice», *Nordic Journal of International Law*, vol. 78, N° 3, 2009, p. 343-359
- LAUTERPACHT, Hersch, «The Covenant as the “Higher Law”», *British Yearbook of International Law*, vol. 17, 1936, pp. 54-65
- LAUWAARS, Richard H., «The Interrelationship between United Nations Law and the Law of other International Organizations», *Michigan Law Review*, vol. 82, 1983-1984, p. 1604-1619
- LIIVOJA, Rain, «The Scope of The Supremacy Clause of the United Nations Charter», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 57, juillet 2008, pp. 583-612
- LINDROOS, Anja, «Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System : The Doctrine of Lex Specialis», *Nordic Journal of International Law*, vol. 74, 2005, pp. 27-66
- NOLLKAEMPER, André, «The European Courts and the Security Council: Three Replies to Pasquale De Sena and Maria Chiara Vitucci», *European Journal of International Law*, vol. 20, N°3, 2009, p. 862-870

- NOLLKAEMPER, André, «Rethinking the Supremacy of International Law», *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 65, 2010, N°1, pp. 65-85
- ORAKHELASHVILI, Alexander, «R (On the Application of Al-Jedda, FC v. Secretary of State for Defence 2007)», *American Journal of International Law*, vol. 102, 2008, pp. 337-345
- PAUST, Jordan J., «Peace-Making and Security Council Powers: Bosnia-Herzegovina Raises International and Constitutional Questions», *Southern Illinois University Law Journal*, vol. 19, 1994-1195, pp. 131-152
- POSCH, Albert, «The Kadi Case: Rethinking the Relationship Between EU Law and International Law», *Columbia Journal of European Law Online*, vol. 15, 2009, pp. 1-5
- REINISCH, August, «Developing Human Rights and Humanitarian Law Accountability of the Security Council for the Imposition of Economic Sanctions», *American Journal of International Law*, vol. 95, 2001, pp. 851-871
- REINISCH, August, «Governance without Accountability», *German Yearbook of International Law*, vol. 44, 2001, pp. 270-306
- REINISCH, August, «Securing the Accountability of International Organizations», *Global Governance*, vol. 7, 2001, pp., 131-149
- REINISCH, August, «Should Judges Second-Guess the UN Security Council?», *International Organizations Law Review*, vol. 6, 2009, pp. 257-291
- ROUCOUNAS, Emmanuel, «Engagements parallèles et contradictoires», *RCADI*, vol. 206, 1987, pp. 56-74
- SCHACHTER, Oscar, « Interpretation of the Charter in the Political Organs of the United Nations», in ENGEL, Salo, METALL, Rudolf A., *Law, State and International Legal Order. Essays in Honour of Hans Kelsen*, Knoxville, University of Tennessee Press, 1964, pp. 269-281
- SCISO, Elena, «On Article 103 of the Charter of the United Nations in the Light of the Vienna Convention on the Law of Treaties», *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 38, 1987, pp. 161-179
- SCISO, Elena, «Fundamental Rights and Article 103 of the UN Charter before the Court of First Instance of the European Communities», *Italian Yearbook of International Law*, vol. XV, 2005, pp. 137-151
- SUY, Eric, «The Constitutional Character of Constituent Treaties of Internationals Organizations and the Hierarchy of Norms», in BEYERLIN, Ulrich, BOTHE, Michael, HOFMANN, Rainer, PETERSMANN, Ernst-Ulrich, (Eds.), *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung: Völkerrecht, Europarecht, Staatsrecht: Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlin/Heidelberg, Springer-Verlag, Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, N° 120, 1995, pp. 267-277
- THALLINGER, Gerhard, «Sense and Sensibility of the Human Rights Obligations of the United Nations Security Council», *ZaöRV*, vol. 67, 2007, pp. 1015-1040
- THOUVENIN, Jean-Marc, «Article 103», in COT, Jean-Pierre, PELLET, Alain (sous la dir.), *La Charte des Nations Unies, Commentaire Article par Article*, vol. II, 3<sup>ème</sup> Edition, Economica, Paris, 2005, pp. 2133-2147
- TOUBLANC, Alix, « L'Article 103 et la valeur juridique de la Charte des Nations Unies », *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 108, N° 1-2, 2004, pp. 439-461
- TZANAKOPOULOS, Antonios, «United Nations Sanctions in Domestic Courts: from Interpretation to Defiance in *Abdelrazik v. Canada*», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, N° 1, 2010, p. 249-267
- TZANAKOPOULOS, Antonios, «Domestic Court Reactions to UN Security Council Sanctions», in REINISCH, August, (Ed.), *Challenging Acts of International Organizations before National Courts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 54-76

- TZANAKOPOULOS, Antonios, « Human Rights and United Nations Security Council Measures», in DE WET, Erika and VIDMAR, Jure, (Eds.), *Norms Conflicts in Public International Law: The Place of Human Rights*, Forthcoming, at [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1677477](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1677477) (consulté le 2 mars 2011)
- VRANES, Erich, «The Definition of Norm Conflict in International Law and Legal Theory», *European Journal of International Law*, vol. 17, N° 2, 2006, pp. 395-418
- WESSEL, Ramses A., « Editorial: The UN, The EU and *Jus Cogens*», *International Organizations Law Review*, vol. 3, 2006, pp. 1-6
- WESSEL, Ramses A., « The *Kadi* Case : Towards a More Substantive Hierarchy in International Law», *International Organizations Law Review*, vol. 5, 2008, pp. 323-327
- WET DE, Erika, «The Role of European Courts in Reviewing Conflicting Obligations under International Law», *International Organizations Law Review*, vol. 5, 2008, pp. 359-364
- WOOD, Michael, «The UN Security Council and International Law», *Hersch Lauterpacht Memorial Lectures*, University of Cambridge, 7-9 novembre 2006, at [http://www.icil.cam.ac.uk/lectures/2006\\_sir\\_michael\\_wood.php](http://www.icil.cam.ac.uk/lectures/2006_sir_michael_wood.php), consulté le 15 juin 2010
- WOOD, Michael, «Detention During International Military Operations: Article 103 of the UN Charter and the Al-Jedda Case», *Revue de Droit Militaire et de la Guerre*, vol. 47/1-2, 2008, pp. 140-160
- WOUTERS, Ian, SCHMITT, Pierre, «Challenging Acts of Other United Nations' Organs, Subsidiary Organs and Officials», in REINISCH, August, (Ed.), *Challenging Acts of International Organizations before National Courts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 77-110
- ZEMANEK, Karl, «The Legal Foundations of the International System- General Course of Public International Law» , *RCADI*, vol. 266, 1997, pp. 229-232

#### **m. Constitutionnalisme, pluralisme et fragmentation**

- BERMAN, Paul Schiff, «A Pluralist Approach to International Law», *Yale Journal of International Law*, vol. 32, 2007, pp. 301-329
- CRAVEN, Mathew, « Unity, Diversity and the Fragmentation of International Law», *Finnish Yearbook of International Law*, vol. XIV, 2003, p. 3- 34
- DE WET, Erica, «The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order», *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, 2006, pp. 611-632
- DUPUY, Pierre-Marie, «The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 1, 1997, pp. 1-33
- FASSBENDER, Bardo, «The United Nations Charter as Constitution of the International Community», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 16, 1998, pp. 529-630
- HALBERSTAM, Daniel, STEIN, Eric, «The United Nations, the European Union, and the King of Sweden: Economic Sanctions and Individual Rights in a Plural World Order», *Common Market Law Review*, vol. 46, 2009, pp. 13-72
- HERDEGEN, Matthias, J., «The “Constitutionalization” of the UN Security System», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 27, 1994, pp. 135-160
- KENNEDY, David, «One, Two, Three, Many Legal Orders: Legal Pluralism and the Cosmopolitan Dream», *NYU Review of Law and Social Change*, vol. 31, 2007, pp. 641-659
- KLABBERS, Jan, «Constitutionalism Lite?», *International Organizations Law Review*, vol. 1, 2004, pp. 31-58

- KOSKENNIEMI, Martti, LEINO, Päivi, «Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties», *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, N°3, 2002, pp. 553-579
- KOSKENNIEMI, Martti, «Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization», *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 8, 2007, pp. 9-36
- KUMM; Mattias, «The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis», *European Journal of International Law*, vol. 15, N°5, 2004, pp. 907-931
- LEATHLEY, Christine, «An Institutional Hierarchy to Combat the Fragmentation of International Law : Has the ILC missed the Opportunity ?», *International Law and Politics*, vol. 40, 2007, pp. 259- 306
- LINDROOS, Anja, «Addressing Norms Conflicts in a Fragmented Legal System: The Doctrine of Lex Specialis», *Nordic Journal of International Law*, vol. 74, 2005, pp. 27-66
- MACDONALD, Ronald, «The Charter of the United Nations in Constitutional Perspective», *Australian Year Book of International Law*, vol. 20, 1999, pp. 205-231
- PETERS, Anne, « Global Constitutionalism Revisited», *International Legal Theory*, vol. 11, 2005, pp. 39-68
- PETERS, Anne, «Compensatory Constitutionalism : The Function and Potential of Fundamental Norms and Structures», *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, 2006, pp. 579- 610
- SIMMA, Bruno, PULKOWSKI, Dirk, «Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law », *European Journal of International Law*, vol. 17, N°3, 2006, pp. 483-529
- VON BOGDANDY, Armin, « Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany», *Harvard International Law Journal*, vol. 47, 2006, pp. 223-242
- WALTER, Christian, « Constitutionalizing (inter)national Governance: Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law», *German Yearbook of International Law*, vol. 44, 2001, pp. 170-201
- WATSON, Geoffrey, «Constitutionalism, Judicial Review and the World Court», *Harvard International Law Journal*, vol. 34, 1993, pp. 1-45

#### **n. Rhétorique et droit**

- BERGER, L. Linda, «Studying and Teaching Law as Rhetoric», *The Journal of the Legal Writing Institute*, vol. 16, 2010, p. 3-64
- BIANCHI, Andrea. «Terrorism and Armed Conflict: Insights from a Law and Literature Perspective», *Leiden Journal of International Law*, vol. 24, 2011, pp. 1-21
- SAUNDERS, Kurt M., «Law as Rhetoric, Rhetoric as Law», *Journal of Legal Education*, vol. 44, N°4, décembre 1994, pp. 566-578
- « Chaim Perelman and the New Rhetoric, Dedication», *Northern Kentucky Law Review*, vol. 12, 1985, p. xxv-xxxiv
- WHITE, James Boyd, «Law as Rhetoric, Rhetoric as Law: The Arts of Cultural and Communal Life», *University of Chicago Law Review*, vol. 52, 1985, pp. 684-702

### 3. Autres

- CHETAIL, Vincent, *Le principe de non-refoulement en droit international*, Mémoire de diplôme d'études supérieures en relations internationales, Institut de Hautes Etudes Internationales, Genève, 1997
- SOUBEYRAND, Nicolas, *Super-Mandatory Rules, History, Concept, Prospect*, Dissertation, LLM in European Business Law, Pallas Programme, 2000-2001
- TESSEMA, Belay Frenesh, *A Critical Analysis of Non-Derogable Rights in a State of Emergency under the African System: The Case of Ethiopia and Mozambique*, Submitted in fulfilment of the requirements of the degree LLM, Faculty of Law, Universidade Eduardo Mondlane, Maputo, Mozambique, 31 octobre 2005, Centre for Human Rights, Faculty of Law, University of Pretoria

\*\*\*\*