



Chapitre de livre

2007

Published version

Open Access

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

Conflits entre normes de jus cogens

Kolb, Robert

How to cite

KOLB, Robert. Conflits entre normes de jus cogens. In: Droit du pouvoir, pouvoir du droit : mélanges offerts à Jean Salmon. Bruxelles : Bruylant, 2007. p. 481–505.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:45010>

renouvelée par le regard que ceux qui hier étaient hors jeu portent à cette doctrine qui exprime de manière brutale l'instrumentalisation du droit international.

Mélanges J. Salmon (2007)

CONFLITS ENTRE NORMES DE *JUS COGENS*

PAR

ROBERT KOLB

PROFESSEUR DE DROIT INTERNATIONAL
AUX UNIVERSITÉS DE NEUCHÂTEL, BERNE ET GENÈVE
(CENTRE UNIVERSITAIRE DE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE)

I. — INTRODUCTION

Parmi les nombreuses qualités de Jean Salmon, il faut retenir celle-ci : son engagement simple et vrai pour le droit international comme l'opposé d'une société internationale vouée à la loi du plus fort. Mais cet engagement ne faisait pas perdre à Jean Salmon une certaine défiance envers des concepts considérés comme un peu trop messianiques, un peu trop éloignés des rouages réels de la vie internationale. D'où la méfiance envers des concepts tel que le *jus cogens*, avec sa touche de «néo-jusnaturalisme», imposant la volonté d'une majorité à une minorité récalcitrante n'ayant pas pu choisir de s'y dérober. L'«impérialisme» propre à des notions fondées sur un droit nécessaire (sanctionné par l'indérogeabilité) nourrit l'inquiétude de Jean Salmon. Cette brève étude illustrera un aspect problématique de la notion de droit impératif n'ayant encore guère été traité par la doctrine (1).

☆

Il peut paraître paradoxal de se pencher sur des conflits entre normes de *jus cogens*. En effet, les exemples qu'on donne le plus communément de ces normes sont l'interdiction du génocide, de la

(1) Quelques remarques, très brèves par ailleurs, se trouvent chez Stefan KADELBACH, *Zwinguendes Völkerrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1992, pp. 205-206, avec quelques renvois à la doctrine.

piraterie, de l'esclavage, de la traite, des crimes contre l'humanité; la protection des droits fondamentaux de l'homme; les normes fondamentales du droit international humanitaire; le non-recours à la force; l'autodétermination des peuples; les normes fondamentales de protection de l'environnement; etc. Ces normes sont toutes d'essence civilisatrice. Elles semblent tirer toutes dans la même direction en s'opposant à l'ogre de l'arbitraire étatique enraciné dans la souveraineté. Comment pourrait-il y avoir dès lors conflits, tensions, oppositions entre elles? Mais la question mérite d'être serrée de plus près, car il s'agit d'un problème juridique général. Rien ne dit que de tels conflits n'apparaissent pas. Les normes tenues pour être impératives vont en nombre croissant. Chaque année est le témoin de nouvelles propositions doctrinales sur le caractère impératif de telle ou de telle norme; et, entre-temps, la jurisprudence (2) y répond en affirmant le caractère impératif de telle ou telle norme, ce qui n'était pas courant il y a quelques années. Dans un tel corps de normes, toujours plus dense, est-il imaginable que des questions de délimitation des champs d'application et de conflits, réels ou apparents, ne se posent pas? Il faut ici encore, comme en tant d'autres matières touchant au *jus cogens*, percer le voile lénifiant de l'harmonie naturelle des droits impératifs, dont la générosité humanitaire assurerait en quelque sorte automatiquement l'alignement parfait et la coopération sans ombre.

II. — LA NOTION DE CONFLITS ENTRE NORMES

La notion de conflits entre normes est l'une des plus courantes pour le juriste. Le travail des cours de justice est constitué pour une bonne partie de l'harmonisation respectueuse de normes dont le champ d'application se chevauche partiellement et qu'il s'agit de délimiter. C'est une occurrence fréquente dans les droits internes où, par l'inflation des normes édictées par des législateurs passagers, au programme politique parfois révisionniste, les conflits apparents ou réels se multiplient, parfois par oubli, parfois par harmonisation législative insuffisante. En droit international, avec sa moindre den-

(2) Cfr. par exemple l'affaire *Furundzija* (T.P.I.Y.), arrêt du 10 décembre 1998, paras. 153-6.

sité de normes et sa densité encore moindre de jurisprudence, le problème apparaît également : mais il est moins intense, moins visible. On discute du problème en matière de collision de normes conventionnelles. On le discute parfois au niveau des sources, pour voir s'il y a une hiérarchie entre elles. On le discute pour ce qui est des collisions entre divers droits fondamentaux de l'homme, qu'il faut alors harmoniser par voie de pesée respective des intérêts. Ou on le discute pour ce qui est de la relation entre l'Organisation universelle et les organisations régionales, par exemple au niveau de l'article 53 de la Charte des Nations Unies. Mais il y a des branches du droit où cette question, pourtant universelle, ne semble encore guère avoir pénétré. Il en est ainsi pour la collision entre normes impératives, normes constitutionnelles, normes *erga omnes*.

Qu'est ce qu'un conflit de normes ? Tout d'abord, il ne s'agit pas de conflits de sources. La source est la catégorie dans laquelle des normes étiquetées du sceau juridique peuvent être produites ou peuvent apparaître. La source est le contenant et la norme est le contenu. Cette dernière est une prescription concrète incorporant des obligations/et ou des droits subjectifs touchant à des sujets de droit ; ou alors une prescription instaurant et/ou habilitant des organes à exercer certains pouvoirs. Le conflit entre normes apparaît quand deux ou plusieurs dispositions normatives s'appliquant aux mêmes faits divergent partiellement quant aux conséquences juridiques à rattacher à ces faits. On pourrait dire que le conflit apparaît potentiellement dès que deux ou plusieurs normes s'appliquent aux mêmes faits. Car si la norme était la même, *cadit quaestio* : on ne parlerait pas de pluralité de normes mais d'une seule norme, éventuellement multipliée à l'infini dans l'esprit. Mais si deux normes existent, c'est qu'elles se différencient sur au moins un point ; et alors, si elles s'appliquent aux mêmes faits et à propos de la même question juridique, le conflit entre elles apparaît automatiquement. Reste alors à voir son ampleur et à lui trouver une solution. Le point capital est donc que deux (ou plusieurs) normes s'appliquent aux mêmes faits dans un même contexte juridique (3). On voit que l'essentiel est l'appréciation des faits : sont-ils les

(3) Un fait peut être pris en compte par différentes normes pour lui rattacher des conséquences juridiques diverses : par exemple le mariage peut produire des conséquences juridiques dans les domaines du droit de la famille, du droit des assurances sociales, du droit fiscal, etc. Dans ces cas, il n'y a pas de conflit de normes.

mêmes? Il suffit d'ailleurs, le cas échéant, d'une identité partielle pour faire apparaître le problème.

La définition donnée dans le Dictionnaire de droit international public sous le titre «conflit de normes» semble à cet égard trop étroite. Elle est libellée comme suit : «Situation créée par deux règles juridiques contradictoires, simultanément applicables à une situation concrète» (4). N'est envisagé que le cas «idéal», le plus réduit, de conflit : présence de deux normes, nettement et clairement contradictoires, du type «a» et «non-a». Or, il y bien d'autres situations de conflit : plusieurs normes applicables et non deux ; contrariété partielle de ces normes et non contradiction ; similitude partielle des faits en cause au lieu d'une situation factuelle identique ; etc. Le problème est donc graduel et concerne un grand nombre de cas potentiels. Il ne se limite pas à l'éclipse totale mais comprend toute une série d'éclipses partielles.

Comment de tels conflits sont-ils résolus? La technique juridique applicable est bien connue des juristes du droit interne. Il s'agit tout d'abord d'un problème d'interprétation. Il faut analyser en détail les normes en question pour saisir de manière coordonnée et binaire (ou «plurilaire») leur champ d'application propre, le cas échéant en introduisant de nouvelles délimitations et distinctions. Le problème n'est pas nécessairement et toujours de faire prévaloir une norme sur l'autre, soit en application de la règle de la *lex posterior*, de la *lex specialis* ou de la *lex superior*. Car il peut aussi s'agir de définir des domaines d'application relatifs, comme c'est le cas en matière d'application de droits fondamentaux. Là, les tribunaux sont accoutumés à devoir tenir pour également applicables deux ou plusieurs normes dont les contenus s'entrechoquent jusqu'à un certain point : liberté de la presse et sphère privée ; liberté d'expression et protection des droits à l'honneur ; garantie de propriété et intérêt public de certains travaux ; etc. (5). Aucun de ces droits ne l'emporte dans l'abstrait sur l'autre ; aucune ne déroge à proprement parler à l'autre. Au contraire, ils s'appliquent simultanément et il s'agit de trouver une coordination de leurs injonctions en défi-

(4) JEAN SALMON (éd.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 234.

(5) Cfr. ROBERT KOLB, «Les droits fondamentaux de l'individu comme principes normatifs d'optimisation de valeurs et d'intérêts sociaux. Dix exemples tirés de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme», *Revue universelle des droits de l'homme (R.U.D.H.)*,

nissant à chaque fois de nouvelles règles de priorité contextuelles. La solution est trouvée en accordant un poids relatif à ces principes dans un contexte donné, non en cherchant à écarter l'un au profit de l'autre (6). De plus, comme il a déjà été suggéré, il faut exactement définir les faits pertinents : ces normes s'appliquent-elles réellement aux mêmes faits, ou ne le font-elles qu'en apparence ? S'appliquent-elles au mêmes faits dans le même degré ou seulement partiellement ? C'est encore des questions d'interprétation.

En est-il autrement pour des normes internationales de droit impératif, censées véhiculer des valeurs fondamentales ? Notons qu'il n'en est pas ainsi en droit interne. Là, l'ensemble du droit public est très largement du *jus cogens*. Pourtant, c'est notamment au sein de son corps que les tribunaux éliminent ou réduisent au jour le jour les contradictions et les antinomies. Il n'en va pas autrement pour la collision de normes de droit constitutionnel, notamment celle entre divers droits et libertés fondamentaux, dont il a été question plus haut. En va-t-il de même pour cette fleur si spéciale qu'est le *jus cogens* international ? Ou, n'est-il, ici encore, pas vraiment une fleur aussi singulière qu'on se complaît à le dire ?

III. - LA NOTION DE *JUS COGENS*

Il est impossible dans ce cadre d'offrir au lecteur une analyse approfondie du concept de *jus cogens*. Il faut se borner à noter qu'il s'agit d'un concept beaucoup plus pluriel qu'on ne le dit ordinairement. Il n'y a pas *un jus cogens*, mais *des jus cogens* ; il y a pluralisme et non pas unicité. D'une manière sommaire, on peut distinguer quatre types de droit impératif.

a) En premier lieu, il y a le droit impératif d'ordre public, tel que prévu à l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (7). Il s'agit de ce qu'on appelle communément les normes si fondamentales pour la communauté internationale qu'aucune dérogation n'est permise. En somme, sont visées les normes éthiques de grande importance. Les exemples donnés sont des normes de ce type : interdiction du génocide, de l'esclavage, de la traite, de la tor-

(6) Ronald DWORIN, *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977, pp. 24 et s. Robert ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1985, pp. 71 et s.

(7) Cf. par exemple Pierre-Marie DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international - Cours général de droit international public, *R.C.A.D.I.*, vol. 297, 2002, pp. 269 et s.

ture, de l'agression armée; autodétermination des peuples; etc. La marque de ce droit impératif est la nullité des actes dérogoires.

De ces situations il faut distinguer l'indérogeabilité de certains principes et concepts du droit international reposant sur d'autres causes que l'existence d'une norme «éthique» de *jus cogens*. Ainsi, une dérogation au principe que l'Etat suppose un territoire défini, l'accord qu'un acte délictueux n'est pas à considérer comme un acte délictueux par les parties, l'accord qu'un Etat qui renonce à toute assise territoriale continue à être considéré comme un Etat *inter partes* ou la revendication d'une portion du plateau continental par un Etat sans façade côtière impliquerait un refus de reconnaître l'existence de règles de droit international valables pour tout Etat (8). Contrairement à la situation du droit impératif, la question n'est pas de savoir si ces accords sont compatibles avec des intérêts supérieurs de la communauté internationale. Il s'agit uniquement de constater qu'il existe des principes et règles du droit international fermement établies que les Etats ne peuvent pas tomber d'accord d'ignorer.

b) En second lieu, il y a le droit impératif de la Charte des Nations Unies, exprimé par l'article 103 de celle-ci (9). On partira ici du principe qu'il s'agit réellement d'un type de droit impératif, sans entrer dans une critique de cette assimilation. Dans la mesure où un traité est contraire à une norme de la Charte, telle que l'article 2, § 4 de celle-ci, le cas s'assimile à une situation de *jus cogens* d'ordre public déjà évoqué. C'est le cas, par exemple, du Traité de garantie de Chypres de 1960 tel qu'interprété par la Turquie (interprétation qui permet l'utilisation de la force unilatérale pour venir en aide à la propre communauté quand elle l'estime subjectivement nécessaire). Interprété ainsi, le Traité est incompatible avec l'article 2, § 4 de la Charte. Mais il y a d'autres modalités d'opération de l'article 103 : celui-ci accorde une priorité à l'action du Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII (sinon aussi en dehors de celui-ci) sur tout autre traité international; et dans une certaine mesure, la priorité est concédée aussi sur la coutume, car tout le Chapitre VII est basé sur une dérogation partielle à celle-ci. Si l'on

(8) Hugh THIRLWAY, *International Customary Law and Codification*, Leyden, Sijthoff, 1972, pp. 28-9.

(9) Benedetto CONFORTI, «Cours général de droit international public», *R.C.A.D.I.*, vol. 212, 1988-V, pp. 129 et s.

perçoit ce cas comme un cas de droit impératif – limitation du pouvoir de déroger à la Charte par des accords particuliers au regard de l'importance constitutionnelle des fonctions du Conseil de sécurité – alors on admet un type de droit impératif axé sur la priorité de certaines obligations pendant un temps donné et non pas sur la nullité, comme l'exige l'article 53. En effet, il est admis que l'action du Conseil n'entraîne pas la nullité du traité contraire mais en suspend l'application pendant le temps nécessaire pour l'action collective. L'effet de ce *jus cogens* serait donc une priorité et non pas une nullité.

e) En troisième lieu, il y a des règles qui ne peuvent être tenues pour dérogeables au vu de leur structure logique. L'exemple le plus connu est *pacta sunt servanda*. Toute tentative de dérogation aboutit à un paradoxe : soit l'accord dérogoire n'est pas appliqué et alors la règle *pacta sunt servanda* demeure inaltérée; soit cet accord est appliqué et alors sa propre force obligatoire repose sur la règle *pacta sunt servanda* implicitement confirmée (10). Certaines autres normes sont axiologiquement indérogeables. On ne voit pas bien comment on pourrait prétendre déroger au principe général de bonne foi, qui est un axiome nécessaire de l'ordre juridique (11). Pour d'autres règles, la situation est plus subtile. Il ne s'agira pas nécessairement d'une impossibilité logique. Ainsi, la règle de la stabilité des frontières (dont l'*uti possidetis*) n'est certainement pas impérative, car toute frontière peut être modifiée par accord. Ce qui est interdit, c'est une modification unilatérale, éventuellement violente. Or, pourrait-on s'accorder *inter partes* à permettre des corrections unilatérales *ad libitum* des frontières? Un tel accord déroge non pas à la norme de stabilité des frontières (qui n'existe pas dans l'absolu, puisqu'on permet la modification), mais plutôt à la nécessité d'accord futur pour toute modification de frontière. En quelque sorte, on pourrait dire qu'un accord déroge à un accord, à la règle qui exige un accord. Ce n'est nullement contradictoire, mais c'est paradoxal.

d) En quatrième lieu, il y a le *jus cogens* de type d'*utilitas publica* (12). La technique de d'indérogeabilité, qui est le propre du

(10) Cfr. déjà HOBBS, *De cive*, lib. III, cap. I, para. 23.

(11) Cfr. Christian TOMUSCHAT, « Obligations Arising for States Without or Against Their Will », *R.C.A.D.I.*, vol. 241, 1993-IV, p. 322.

(12) Sur cette notion, cfr. Robert KOLEB, *Théorie du ius cogens international*, Paris, PUF, 2001, pp. 211 et s.

droit impératif, peut être utilisée pour d'autres normes que celles qui ont été précédemment qualifiées d'ordre public (valeurs communautaires et éthiques fondamentales). Le législateur peut interdire la fragmentation normative en une pluralité de régimes retraits, applicables prioritairement *inter partes* en raison d'un simple intérêt public ou collectif. En droit interne, presque l'ensemble du droit public est impératif dans le sens qu'on ne peut pas y déroger par accord privé. Or il s'en faut de beaucoup que l'ensemble du droit public ne contienne que des normes de type fondamental. Les règles concernant un certain étiquetage des produits vendus sont d'intérêt collectif; mais elles ne représentent guère une règle éthique d'importance essentielle. En droit international, c'est surtout le fonctionnement des organismes internationaux qui donne lieu à des règles impératives de ce type. L'organisme collectif ne peut fonctionner que sur la base de certaines règles, s'imposant également à tous ses membres. Ainsi, la Cour internationale de Justice ne peut fonctionner que sur la base de son Statut, et, dans une grande mesure, de son Règlement. Ces normes ne sont pas à la disposition des plaideurs occasionnels; elles ne peuvent être modifiées que par l'ensemble des parties au Statut dans les procédures prévues à cette fin. Quand des plaideurs occasionnels demandent, même conjointement, à la Cour de se départir de ses textes constitutifs, celle-ci réplique qu'il n'est pas dans ses pouvoirs de le faire. Il s'agit donc ici encore d'un type de droit impératif, quoique différent du grand *jus cogens* éthique, drapé de ses vestes d'empereur.

Les problèmes de conflits entre normes impératives ne vont pas se poser de la même manière selon les différents types de *jus cogens*. Il faut approcher le problème en le décomposant dans les divers rapports qui peuvent exister entre les normes impératives susmentionnées et les autres normes du droit international. A cet égard, il faut distinguer entre certains problèmes généraux qu'il sied de discuter en avant-première et les exemples de conflits, selon les types de droit impératif, qu'il convient de considérer ensuite.

IV. — ASPECTS GÉNÉRAUX DU CONFLIT ENTRE NORMES IMPÉRATIVES

Comme il a été dit, le problème est d'abord un problème d'interprétation afin de définir le champ normatif propre à chaque dispo-

sition applicable. En droit international, il se pose des problèmes particulièrement épineux, car l'effort de voir quelle est exactement la portée impérative d'une norme est rarement entrepris. On se borne à affirmer en général que telle norme est de *jus cogens* sans se préoccuper de délimiter précisément les aspects qui en sont impératifs et ceux qui ne le sont pas. En effet, une norme n'est pas nécessairement impérative en bloc. Dans ses diverses couches normatives, il y en a certaines qui peuvent s'analyser comme étant impératives, alors que d'autres ne le seront pas.

Un exemple en est l'affirmation souvent générique selon laquelle la «prohibition du recours à la force» constitue une norme impérative (13). Or, le droit international n'interdit pas généralement le recours à la force, pas plus que ne le fait le droit interne. Il réserve l'activité de certains organes, notamment le Conseil de sécurité des Nations Unies, et jusqu'à un certain point les organisations régionales prévues par le Chapitre VIII de la Charte. De plus, au plan des Etats *uti singuli*, l'utilisation de la force n'est pas davantage interdite généralement. La Charte des Nations Unies réserve expressément le droit de légitime défense. Dès lors, des accords prévoyant une utilisation de la force dans ce contexte restent possibles et sont valables ; c'est le cas d'accords tels que ceux ayant fondé l'OTAN, qui, après une phase initiale de doutes, a été accepté comme étant parfaitement compatible avec la Charte (légitime défense collective prévue à l'article 51 de celle-ci). Il est controversé s'il existe d'autres exceptions, non prévues par la Charte. Au fond, dès lors, le noyau impératif de la norme se rétrécit à l'interdiction de l'agression, c'est-à-dire à l'utilisation de la force contraire au droit international. On sait par ailleurs le nombre de controverses qui subsistent sur la portée exacte du concept d'agression et ce malgré les utiles définitions de la Résolution 3314 de l'Assemblée générale des Nations Unies de 1974. Dans quelle mesure le premier Etat à utiliser la force est-il l'agresseur ? Quelle est la portée exacte du pouvoir de (re)qualification du Conseil de sécurité à cet égard ?

En conséquence, ce qui est certainement interdit est de conclure des accords prévoyant d'agresser un Etat tiers pour annexer son territoire ou pour s'assurer de ses ressources, ou pour toute autre

(13) Cfr. par exemple Pierre-Marie DUPUY, *Droit international public*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1998, p. 91, n^o 97.

cause illicite. Le *jus cogens* relatif à l'interdiction de l'agression peut aussi viser tout traité conclu suite à l'agression si celui-ci conforte l'agresseur dans son usurpation. Mais des problèmes supplémentaires surgissent ici, qu'il n'est pas le lieu de discuter à cette place. Telle est donc la portée impérative du principe de non-recours à la force.

Une démonstration similaire pourrait être entreprise pour d'autres principes, par exemple pour celui de l'autodétermination des peuples.

Si l'on élargit le concept de droit impératif au-delà de la notion d'indérogeabilité, en y incluant toutes les conséquences que l'ordre juridique rattache à la violation d'une de ses normes fondamentales, alors le non-recours à la force peut être considéré comme une norme impérative de manière beaucoup plus large. Cependant, on a alors glissé vers un autre concept d'impérativité : il ne s'agit plus d'un problème de sources, à savoir de faculté de dérogation, mais du postulat d'une catégorie de normes matérielles tenue pour particulièrement importante et à laquelle, partant, l'ordre juridique rattache des conséquences aggravées par rapport aux normes ordinaires. Dans le cas du recours illicite à la force, il y a toute une série de conséquences juridiques, dont voici les plus importantes. S'il y a agression, il y a *crime contre la paix* : voir l'article 6 (a) de l'accord de Londres portant Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg (1945). Le crime d'agression est aussi mentionné à l'article 5 du Statut de la Cour pénale internationale (1998) sans que, eu égard aux controverses politiques, ce crime n'ait encore été défini dans ce cadre. Toute *annexion de territoire par la force est illicite* : Résolution 2625 (1970) relative aux relations amicales entre États, §10, sous l'interdiction de recourir à la force. Il y a un *devoir de non-reconnaissance* pour des territoires acquis par la force : Doctrine Stimson, Résolution 2625, §10; Résolution 3314 (1974) relative à la définition de l'agression, article 5, §3; Projet de la Commission du droit international relatif à la responsabilité internationale de l'État, version 2001, article 41. De plus, il y a un devoir de ne prêter aucune assistance à l'agresseur : article 16 du Projet de la Commission du droit international sur la responsabilité internationale des États (2001); Résolution 42/22 (1987) de l'Assemblée générale des Nations Unies; affaire de la *Namibie* (CIJ, *Rec.*, 1971, §119 s.). Cette obligation a été peu respectée après la guerre d'agression des

coalisés en Irak (2003) (14). Des *traités conclus par la menace ou l'emploi de la force sont nuls* : article 51-2 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969). Face à l'utilisation illicite de la force, il y a un pouvoir *erga omnes* d'adopter des *contre-mesures* ou d'activer la légitime défense, individuelle ou collective (si l'usage de la force équivaut à une agression armée/à une «armed attack»). L'Etat qui utilise la force encourt la *responsabilité internationale*; un cas de mise en œuvre intéressant est la Commission de compensation des Nations Unies pour l'Irak. L'utilisation de la force entraîne *l'application du droit des conflits armés*. En *droit interne*, selon la législation en vigueur, le séquestre de biens commerciaux obtenus par l'agression peut être demandé devant les tribunaux compétents.

Comme l'on peut voir, ces conséquences sont de type très divers. Certaines se rattachent au caractère «constitutionnel» de la norme sur l'interdiction du recours à la force, comme par exemple le devoir de non-reconnaissance. D'autres en revanche ressortissent davantage à un régime ordinaire, comme par exemple la mise en œuvre de la responsabilité internationale. On peut se poser la question de savoir s'il est réellement utile de discuter de toutes ces conséquences sous l'aspect du droit impératif. Il suffit en effet de les voir comme suites particulières ou non données par l'ordre juridique à la violation d'une de ses normes particulières, très importante par ailleurs.

On peut ajouter que, dans un sens générique, il peut être utile de parler du «non-recours» à la force comme norme impérative plutôt que de limiter cet effet au seul noyau de non-agression. En effet, quand on oppose le non-recours à la force à la protection des droits de l'homme fondamentaux, on vise souvent l'opposition de deux normes impératives. Cela peut se recommander pour pouvoir, pour ainsi dire, correctement planter le décor. Certes, il suffirait à cet égard de parler de deux normes fondamentales, constitutionnelles, du droit international, sans mettre en jeu le concept de *jus cogens*. Cependant, la pratique a pris l'habitude de désigner ce genre d'aspects par le terme de «*jus cogens*»; et il serait vain de tenter ici de l'en blâmer. Il faut toutefois insister sur le fait qu'il s'agit dans ce cas, une fois de plus, d'une acception particulière du terme de

(14) Voir Olivier CORTEN, «Quels droits et quels devoirs pour les Etats tiers? Les effets juridiques d'une assistance à un acte d'agression», in Karine BANNELIER c.a. (éds.), *L'intervention en Irak et le droit international*, Paris, Pédone, 2004, pp. 105 et s.

droit impératif. Elle n'est pas directement comparable à la première acception, susmentionnée.



Il faut donc pour chaque norme impérative distinguer d'abord entre les diverses notions de caractère impératif qu'on peut lui rattacher, en tenant à l'œil les fonctions respectives de chaque qualification; et ensuite, il faut distinguer entre les diverses sphères de la norme (*Normbereich*) pour découvrir le champ normatif exact auquel le droit rattache l'impérativité. Ces sphères peuvent coïncider: la norme est alors entièrement impérative. C'est le cas, par exemple, de l'interdiction du génocide tel que défini dans la Convention de 1948. Dans d'autres cas, la portée générale de la norme et son champ impératif peuvent différer de manière plus ou moins marquée. Il est donc nécessaire d'entreprendre un travail de préparation interprétatif pour dégager ce qui est simplement obligatoire et ce qui est de surcroît impératif.

V. — SOLUTION DU PROBLÈME DE COLLISION DE NORMES IMPÉRATIVES

a) Le problème des collisions se pose différemment dans les quatre catégories de normes impératives que nous avons posées (ordre public; article 103 de la Charte; ordre logique; *utilitas publica*). En théorie, il peut y avoir dix rapports de collision: (1) norme d'ordre public contre norme d'ordre public; (2) norme d'ordre public contre article 103 (devoir du Conseil de sécurité de respecter le *jus cogens* du droit international général); (3) norme d'ordre public contre norme logiquement indérogeable; (4) norme d'ordre public contre norme de simple *utilitas publica*; (5) norme impérative de la Charte (article 103) contre norme impérative de la Charte (article 103); (6) norme couverte par l'article 103 et norme logiquement indérogeable; (7) norme couverte par l'article 103 et norme d'*utilitas publica*; (8) norme logiquement indérogeable contre norme logiquement indérogeable; (9) norme logiquement indérogeable contre norme d'*utilitas publica*; (10) norme d'*utilitas publica* contre norme d'*utilitas publica*. Or, plusieurs de ces catégories ne donnent pas lieu à des situations sensées ou pratiques. On voit mal par exemple la collision entre deux normes logiquement indérogeables, d'autant

plus qu'elles sont extrêmement clairsemées. Mais il y a d'autres couples dans lesquels des oppositions fortes sont imaginables, par exemple entre deux normes d'ordre public. Avant d'en venir à trois exemples illustrant notre propos, il est utile d'envisager exactement dans quels termes le conflit entre normes se pose et comment il doit être abordé.

b) D'abord, il faut distinguer la situation qui nous intéresse ici de celle où une norme impérative refoule le champ d'application d'une norme non-impérative, le cas échéant en fonction d'une interprétation plus extensive de la première au détriment de la seconde. Il y a, dans ce cas, conflit entre normes. Une solution est donnée en faveur de la norme impérative, censée représenter une valeur plus importante. La norme impérative l'emporte en vertu d'une espèce de hiérarchie des normes : *lex superior derogat legi inferiori*. Mais le problème ne nous intéresse pas dans ce contexte, car il ne se présente pas comme un conflit entre normes impératives. Ainsi, ces dernières années le concept de *jus cogens* a servi pour refouler progressivement le champ d'application des normes sur les immunités personnelles et sur les immunités d'Etat (15), à combattre l'impunité (16), etc. Dans ces cas, la norme impérative a limité le champ d'application des normes sur l'immunité, qui ne sont pas impératives (17). Le mécanisme interprétatif est intéressant à plusieurs égards, mais il concerne un problème différent du nôtre : la concurrence n'est pas celle entre deux ou plusieurs normes impératives.

c) En second lieu, il faut tenir compte que les conflits de normes ne se poseront pas nécessairement de la même manière. Dans le cas de conflit de normes d'ordre public, par exemple entre non-recours à la force et protection de droits de l'homme fondamentaux, le conflit sera classique : une opposition nette, tranchée, comme celle de deux *dramatis personae* se faisant irréconciliablement face. Dans certains cas, il se dégagera une priorité nette en faveur d'une norme ; dans d'autres cas, il faudra au contraire concilier des sphères normatives en cherchant à les mettre dans le meilleur équilibre

(15) Voir Andrea BIANCHI, «L'immunité des Etats et les violations graves des droits de l'homme : la fonction de l'interprète dans la détermination du droit international», *R.G.D.I.P.*, vol. 108, 2003, pp. 63 et s.

(16) Voir l'affaire *Furundziya*, citée en note 2.

(17) Il peut s'agir de normes impératives du droit interne ; mais il ne s'agit pas de normes impératives en droit international et cela seul compte dans ce contexte.

possible eu égard aux particularités des espèces soumises à l'attention de l'opérateur juridique. La conséquence juridique de la collision ne sera donc pas toujours de donner la priorité *complète* à une norme par rapport à l'autre. Il y a des cas dans lesquels le rapport de dérogation sera *partiel*, dans le sens qu'une norme obtiendra une priorité relative sur l'autre dans certaines sphères soigneusement dégagées par l'interprétation, et vice versa. C'est ce qu'on appelle une pesée réciproque des normes, une *Güterabwägung*. L'opérateur qui met en œuvre une telle norme générale doit chercher à réaliser le plus possible, dans l'espèce, l'allocation des valeurs juridiques et politiques qu'elle exprime, mais seulement dans la mesure de ce que permet l'égal égard pour d'autres principes et normes concurrents. En conséquence, ces normes générales sont des maximes d'optimisation relative de biens sociaux essentiels (*Optimierungsgebote*).

Des exemples fréquents de cette technique se trouvent dans le domaine des droits fondamentaux de la personne. Voici un exemple donné par R. Alexy (18). Dans l'affaire *Lebach*, la télévision d'Etat allemande prévoyait de programmer un documentaire sur un assassinat qui avait eu lieu plusieurs années auparavant. L'un des condamnés, qui avait participé à ce crime, devait être relâché après avoir purgé sa peine. Il s'opposa à l'émission du documentaire en faisant valoir que celle-ci pourrait mettre en danger sa resocialisation. Il y avait ici un conflit entre la protection de la sphère privée et la liberté de l'information. La Cour constitutionnelle allemande commence par dire qu'aucun de ces droits ne l'emporte sur l'autre dans l'abstrait. Il n'y a pas relation de dérogation. Or, comment alors résoudre le conflit? Considérant le contexte, la Cour extrapole une règle plus concrète, fondée sur une distinction rationnelle. Elle estime en effet qu'il sied de tenir compte d'un critère temporel. Si le crime vient d'être commis, la liberté de l'information doit l'emporter. Si au contraire il n'y a plus d'intérêt d'actualité dans l'émission du documentaire parce qu'une longue période de temps s'est écoulée, l'intérêt de resocialisation est plus fort. Ces deux propositions extraites de la *ratio decidendi* de la Cour peuvent être perçues comme deux règles juridiques produites par l'analyse casuisti-

(18) Robert ALEXY, *Theorie Der Grundrechte*, 3^e éd., Frankfurt-sur-le-Main, Suhrkamp, 1996, pp. 84-6.

que. Elles peuvent être appliquées à des cas similaires dans l'avenir en offrant des analogies, car elles expriment une allocation de valeurs au regard d'une constellation de faits. Il y a ainsi un processus progressif de concrétisation des principes. Cette technique s'applique à tous les principes importants de l'ordre juridique, car aucun d'entre eux n'a une texture très concrète. Il s'agit, dès lors, d'une technique qui intéresse aussi les normes impératives, car nombre d'entre elles se présentent comme des principes : non-recours à la force, autodétermination des peuples, droits de l'homme fondamentaux, règles fondamentales du droit international humanitaire, etc.

VI. - TROIS EXEMPLES

DE CONFLITS DE NORMES IMPÉRATIVES

A. - *Collision de normes suprêmes d'ordre public : non-recours à la force contre protection des droits de l'homme fondamentaux*

Ces dernières années on a discuté de manière particulièrement controversée une ancienne antinomie juridique, à savoir la licéité, dans certaines conditions, d'un recours unilatéral à la force pour sauvegarder des populations civiles contre des attaques de grande ampleur s'en prenant à leur vie et à leur intégrité physique. Quand on est confrontés à des massacres comme au Cambodge sous les Khmers Rouges dans les années 1970 ; quand on fait face à des pratiques génocidaires comme au Rwanda en 1994 ; quand on est confrontés à des exactions diverses comme celles commises au Kosovo en 1998/9, peut-on dans tous les cas donner la priorité absolue à la norme interdisant le recours à la force, sauf aval préalable du Conseil de sécurité, ou faut-il imaginer certains cas dans lesquels la force pourrait être utilisée sans aval du Conseil eu égard à la grave violation des droits fondamentaux relatifs à l'intégrité physique ? Il est compréhensible que pareille interrogation suscite des réponses diverses.

a) Pour un courant d'opinion, l'interdiction du recours à la force s'impose aux droits de l'homme, même les plus fondamentaux : l'utilisation de la force sans l'aval du Conseil de sécurité serait dans ces

cas toujours illicite (19). Dans cette conception, le *jus cogens* du non-recours à la force prime sans résidu aucun le *jus cogens* des droits de l'homme. Il y a une priorité nette et totale; il y a une hiérarchie claire et sans faille. Quels en sont les motifs? Par une intervention humanitaire unilatérale, il y aurait d'abord une violation du droit (impératif) de la Charte: les articles 2, § 4 et 51 de la Charte ne laissent aucune place à l'intervention humanitaire. En particulier, on ne peut pas en appeler à une mise en balance entre le non-recours à la force et les droits de l'homme. La Charte a déjà entrepris cette mise en balance et a donné une réponse claire et exhaustive: pas d'utilisation de la force sur le plan individuel, excepté en légitime défense et en action collective par le truchement du Chapitre VII. Si l'on argumentait que, pour sauvegarder n'importe lequel des buts des Nations Unies, on peut, dans des cas extrêmes, recourir à la force, on détruirait le système de la Charte. L'admission de l'intervention humanitaire impliquerait un retour en arrière vers la période d'avant 1919: elle ouvrirait la porte à l'utilisation unilatérale de la force, à une politique de Puissance, aux abus les plus divers, à la politisation et aux sélectivités. Pendant des siècles, le droit international a œuvré en tentant d'exproprier l'usage de la force unilatérale, parce qu'il était devenu apparent qu'elle ne conduit ni à la paix, ni à la justice. Faudrait-il maintenant revenir sur ses pas, vers une phase sociale dont les résultats ont été funestes? Certes, on commencera par agir dans des cas où l'intervention pourrait sembler se justifier; mais, une fois la porte ouverte, l'expérience le prouve, la pente est rapide vers des utilisations toujours plus fréquentes et subjectives de la force. Et il n'est pas évident que plus de force, avec son cortège de destruction et de victimes, servira davantage la cause humanitaire. A tout bien peser, à moyen et à long terme, ne risque-t-on pas de perdre davantage qu'on n'aura gagné? Ce qui précède est d'autant plus vrai si l'on songe au fait que les Etats n'entreprennent guère des interventions coûteuses en argent et en vies s'ils n'ont pas un quelconque intérêt tangible en jeu. Voici, en substance, ce qui fait conclure à ces

(19) Voir Constantin ANTONOPOULOS, «The NATO Military Action against the Federal republic of Yugoslavia (Kosovo) and the International Law on the Use of Forces», *Revue hellénique de droit international*, vol. 52, 1999, pp. 411 et s. Constantin ANTONOPOULOS, *The Unilateral Use of Force by States in International Law*, Athènes, Sakkoulas, 1997, pp. 452 et s. De nombreux renvois à la doctrine se trouvent dans ces textes. Pour une affirmation de la légalité de l'intervention seulement sur la base de l'autorisation du Conseil, voir la «Note de la Direction du droit international public du Département des affaires étrangères en date du 20 janvier 1993», *Revue suisse de droit international et européen (R.S.D.I.E.)*, vol. 4, 1994, pp. 624-7.

auteurs, majoritaires, que l'intervention ne saurait en aucun cas être juridiquement justifiée. A un argument positif (le droit de la Charte) s'ajoute un argument de politique juridique (conséquences à court, moyen et long terme de l'admission de l'action unilatérale).

b) Pour d'autres auteurs, aucune des deux normes impératives ne peut prétendre s'imposer absolument sur l'autre. Il faut au contraire tenter de les harmoniser l'une avec l'autre autant que faire se peut, sans sacrifier ce que chacune porte d'essentiel. Dès lors, le processus intellectuel est celui de la pesée réciproque des normes, telle qu'elle a été décrite auparavant. Il faut mettre en balance des droits également protégés par la Charte, à savoir la souveraineté d'un Etat et le non-recours à la force (maintien formel de la paix) d'un côté, et les droits de l'homme les plus élémentaires de l'autre, en tenant compte de l'importance croissante de ces derniers dans le droit international contemporain. Dans des «cas extrêmes» (voici le critère de départ rationnel), la souveraineté et la paix formelles cèdent le pas à la protection des populations persécutées. A défaut d'action du Conseil de sécurité, éventuellement bloqué par un veto complaisant, tout Etat peut intervenir. Cette position a été soutenue entre autres de manière particulièrement marquante par Christian Tomuschat (20). Comment définir plus précisément ces cas extrêmes? La tâche a été relevée par la *Commission internationale sur l'intervention et la souveraineté des Etats*, créée sous l'égide du Gouvernement canadien suite à un appel de K. Annan, Secrétaire général des Nations Unies. Dans son Rapport (21), elle a dégagé les critères suivants pour affirmer la licéité, exceptionnelle, d'une intervention militaire unilatérale: (1) une juste cause; (2) une bonne intention; (3) un moyen de dernier recours, une *ultima ratio*; (4) le respect du principe de proportionnalité et du droit international humanitaire; (5) des perspectives raisonnables de succès; (6) la soumission à toute action éventuelle du Conseil de sécurité (22). Ces

(20) Christian TOMUSCHAT, «International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century», *R.C.A.D.I.*, vol. 281, 1999, pp. 218 et s. Dès lors, dans des cas extrêmes, quand des populations entières sont massacrées (comme dans le cas du régime de Pol Pot où approximativement 25-30% de la population cambodgienne a été exterminée), l'intervention humanitaire est licite.

(21) Ce rapport peut être consulté sur internet: <http://www.iciss-ciise.gc.ca/report-e.asp>.

(22) Pour un commentaire de ces critères, *cfr.* Robert KOLB, *Ius contra bellum - Le droit international relatif au maintien de la paix*, Bâle/Bruxelles, Helbing & Lichtenhahn/Bruylant, 2003, pp. 213-215. Voir aussi Robert KOLB, «Note on Humanitarian Intervention», *Revue internationale de la Croix-Rouge (R.I.C.R.)*, vol. 85, 2003, pp. 119 et s.

conditions sont très restrictives. Elles sont intellectuellement honnêtes, car elles représentent un effort suprême de mise en équilibre des intérêts. Il est dans la nature des choses qu'on ne peut pas être plus précis. Il est cependant aussi vrai que ces conditions laissent ouverts maints problèmes.

Ce qui importe ici n'est pas tellement la solution à donner au problème (peut-on réellement donner une solution définitive?), mais la démarche qui est suivie. Soit on affirme une primauté en vertu d'une règle de hiérarchie; soit on tente d'harmoniser les sphères d'applications respectives des normes en introduisant des distinctions. En somme, le traitement du problème, du point de vue normatif, est des plus classiques.

c) Une hiérarchie nette peut s'imposer quand une norme impérative d'ordre public universel est en concurrence avec une norme impérative d'ordre public régional. Le problème semble pouvoir se poser notamment si des instruments relatifs aux droits de l'homme universels entrent en « collision » avec des instruments régionaux plus spéciaux (23). Or, à bien regarder, il ne s'agit pas normalement d'un cas de conflit de normes basé sur une contradiction. Les instruments universels ne prétendent pas déroger aux protections plus poussées des ordres régionaux; au contraire, ils les appellent de leurs vœux. Inversement, les instruments régionaux ne dérogent pas aux instruments universels en abaissant le seuil des droits protégés, mais au contraire y ajoutent souvent des droits. Ce genre d'adjonction normative (qu'on peut appeler « dérogation positive ») n'est évidemment pas interdite par le droit. De plus, un vrai conflit ne s'est pas vérifié jusqu'ici de manière précise, car les droits reconnus universellement et régionalement sont largement les mêmes et tirent tous dans la même direction, celle de la protection de l'individu (24). Notre problème pourrait en revanche se poser si un instrument régional prétendait déroger à un droit d'ordre public universel. Le plus souvent, il ne s'agira guère d'un texte d'ordre public régional, mais d'un acte adopté sur une autre base, comme une législation de sécurité; si tel est le cas, *cadit quaestio*. S'il s'agit d'un

(23) Cfr. KADELBACH, *op. cit.*, *supra*, note 1, p. 205. KARL ZEMANEK, «The Legal Foundations of the International System, General Course on Public International Law», *R.C.A.D.I.*, vol. 266, 1997, pp. 225 et s.

(24) C'est vrai même des déclarations islamiques sur les droits de l'homme, sauf sur certains aspects, comme par exemple la position de la femme.

texte d'ordre public régional, on pourrait songer à donner la priorité au droit impératif universel, car on perçoit mal l'application de la règle de la *lex specialis* dans ce genre de cas (25). Cette priorité pourrait alors se manifester simplement par l'élargissement de la norme régionale, quand celle-ci est trop étroite; elle ne devrait donc pas dans tous les cas opérer comme une véritable dérogation en bloc de l'universel aux dépens du régional. Ainsi, si un texte islamique régional contient des règles sur le statut de la femme qui contredisent les règles universelles, ces dernières peuvent soit s'imposer en bloc à la règle régionale (si la règle régionale est en contradiction directe de la norme universelle), comme elles peuvent simplement aussi ajouter quelques aspects à la protection des femmes (si la règle régionale est simplement insuffisante). La priorité de l'ordre public universel ne pourra cependant guère être sanctionnée que dans les organes universels. Au niveau régional, pour ainsi dire *inter partes*, à défaut de coopération par des organes régionaux, cela ne sera pas pratiquement possible. Il ne restera qu'à faire pression, politique et juridique, pour assurer le respect de la norme d'ordre public universel.

D'autres exemples sont plus difficiles à trouver. A supposer que ce qu'on a appelé à un certain moment la « doctrine Breshnev » (26) ait réellement été une norme juridique impérative entre les États socialistes de l'Est européen (en réalité il s'est agi plutôt d'une doctrine politique, imposée unilatéralement par l'URSS), il faudrait conclure qu'elle était contraire aux normes impératives du droit international général, notamment au non-recours à la force et à l'autodétermination des peuples. La conséquence en est que cette doctrine aurait dû être tenue pour nulle en droit international (27).

(25) *Cfr.* Michel VIRALLY, « Réflexions sur le jus cogens », *A.F.D.I.*, vol. 12, 1966, p. 18. Christos ROZAKIS, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, Amsterdam/New York/Oxford, North Holland Publishing Company, 1976, p. 56.

(26) Il s'agissait d'une soi-disant norme du « droit international régional des États socialistes », plus avancée que le droit international bourgeois, concédant l'intervention d'une Puissance socialiste (de fait l'URSS) afin de préserver les acquis de la Révolution contre les menées ou menaces contre-révolutionnaires. La doctrine fut mise en œuvre en Hongrie (1956) et en Tchécoslovaquie (1968). Il faut dire que cette doctrine n'a jamais fait l'unanimité dans le camp socialiste : la Yougoslavie de Tito, la Roumanie de Ceaucescu ou la Chine de Mao s'y sont constamment opposées, car elles y voyaient à juste titre une doctrine politique visant à consacrer l'hégémonie soviétique. Sur cette doctrine, voir Mario BETTATI, « Souveraineté limitée ou internationalisme prolétarien », *Revue belge de droit international (R.B.D.I.)*, vol. 8, 1972, pp. 455 et s.

(27) Voir Albrecht RANDELZHOFFER, « Article 2, para. 4 of the Charter », in Bruno SIMMA (éd.), *The Charter of the United Nations - A Commentary*, 2. Ed., Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 129.

B. – *Collision de jus cogens issu
de l'article 103 de la Charte
des Nations Unies
et de jus cogens d'ordre public :
décisions du Conseil de sécurité
contre droit international humanitaire*

La situation que nous envisageons ici est différente de celle qui précède sur plusieurs points. Un aspect marquant concerne le fait que la collision a lieu entre une norme concrète et individuelle, une décision du Conseil de sécurité dotée de force impérative par le truchement de l'article 103 de la Charte, et une norme abstraite et générale du type d'ordre public. Certes, on pourrait envisager le problème sous l'angle classique de la collision de normes, sans avoir recours à l'idée de norme individuelle. En effet, on pourrait dire que le Conseil se borne à appliquer une norme de la Charte; et que dès lors le conflit a lieu entre cette norme, qui est à la base de la décision, et l'autre norme, celle du droit international général. Mais cela ne rendrait pas compte du grand degré de latitude que le Chapitre VII laisse à la décision du Conseil. Les articles 41 ou 42, par exemple, ne sont que des normes habilitatrices, en vertu desquelles le Conseil a fait des choses très différentes. Ainsi, il a établi des juridictions internationales *ad hoc* (TPIY, TPIR) (28) en vertu de l'article 41 de la Charte. Le contenu de cette disposition a ainsi été élargi. Quoi qu'il en soit, collision il y a bien, et du moment qu'il est possible de voir cette collision comme une collision entre normes impératives – la Charte étant alors traitée comme une espèce de constitution internationale – le cas de figure intéresse notre étude.

La doctrine (29) affirme très souvent que le Conseil de sécurité doit respecter le *jus cogens* du droit international général, qu'il ne saurait en outrepasser les limites. Dès lors, le *jus cogens* de la Charte serait hiérarchiquement subordonné au *jus cogens* d'ordre public général. Certes, le problème se trouve ainsi excessivement simplifié, car le *jus cogens* général ne fait pas simplement concurrence à celui de la Charte en s'opposant à lui. Au contraire, la Charte contient bien des normes qui s'analysent comme normes de droit international général; les deux sources tirent alors dans le même sens, et il n'y

(28) Voir les Résolutions 808 (1993) et 955 (1994).

(29) Cfr. par exemple Karl ZEMANEK, *op. cit.*, *supra* note 22, pp. 229 et s. (231-232).

a pas de collision. Un exemple est l'interdiction de recourir à la force, comme la Cour internationale de Justice l'a bien montré en l'affaire du *Nicaragua* (fond, 1986) (30).

Récemment, la subordination du Conseil au *jus cogens* général a été abondamment discutée dans le contexte du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire. Ces deux branches du droit représenteraient des freins à l'action possible du Conseil. Ce rôle frein a été discuté souvent dans le contexte de sanctions comme celles édictées pour l'Irak dans la décennie 1990. Ces sanctions ont frappé excessivement les populations civiles en contribuant à répandre la famine et la déchéance (31).

En envisageant plus particulièrement cette collision (décisions du Conseil en vertu du Chapitre VII contre droit international humanitaire), on s'aperçoit que diverses écoles de pensée se sont cristallisées. Des nuances ont été introduites. Il y a *grosso modo* trois courants : l'un maximaliste, l'autre minimaliste, et le troisième synthétique ou moyen.

a) *Les maximalistes*. Quelques auteurs, parmi lesquels on peut citer L. Condorelli (32), estiment que le Conseil doit *respecter le droit international humanitaire dans son intégralité*. Cet état des choses découlerait du droit coutumier et des articles 1 commun des quatre Conventions de Genève («respecter et faire respecter»). La règle conventionnelle et coutumière selon laquelle le droit international humanitaire doit être «respecté en toutes circonstances» s'applique à tous les sujets du droit international, y compris au Conseil, parce qu'elle concerne des garanties minima pour l'individu. La validité de tout accord exonératoire est d'ailleurs exclue dans les articles 6/6/6/7 et implicitement dans les articles 51/52/131/148 des Conventions de Genève (I-IV). Si L. Condorelli argumente à partir des exigences du droit international humanitaire, d'autres auteurs ont pris comme point de départ le droit de la Charte. Ainsi, selon F. Seyersted (33), le pouvoir d'interférer avec les règles «militaires et

(30) *C.I.J. Recueil 1986*, pp. 92 et s.

(31) Voir Luigi CONDORELLI, «La compatibilité des sanctions du Conseil de sécurité avec le droit international humanitaire, Commentaire», in Vera GOWGLAND-DEBBAS (éd.), *UN Sanctions and International Law*, La Haye/Boston/Londres, Kluwer, 2001, pp. 233 et s.

(32) Cf. Luigi CONDORELLI, «Le statut des Forces des Nations Unies et le droit international humanitaire», in Claude EMANUELLI (éd.), *Les casques bleus : policiers ou combattants?*, Montréal, Wilson et Lafleur Itée, 1997, pp. 105-6.

(33) Cf. Finn SEYERSTED, *United Nations Forces in the Law of Peace and War*, Leyden, Sijthoff, 1966, pp. 206-7.

humanitaires» de la guerre a une telle portée qu'il devrait être prévu par la Charte pour être exercé. Or, une norme à cet effet fait défaut. Au regard de la matière et des conséquences attendues, il n'est pas non plus possible d'impliquer une telle compétence.

Ce courant présenté exclut donc toute altération du «droit international humanitaire». Mais il ne précise pas quelles règles doivent être censées faire partie du concept de droit international humanitaire avancé à ce propos (et l'on sait que les termes juridiques sont des termes relatifs dont le sens dépend de la finalité poursuivie). Sans doute faut-il y inclure toutes les protections humanitaires de l'individu; il peut aussi s'agir de toutes les normes substantielles du droit des conflits armés. Qu'en est-il des normes purement procédurales ou formelles? Si l'on ajoute toutes les autres règles du droit des conflits armés (à l'exception de la neutralité ou des prises?), on risque de tracer un cercle d'indérogabilité trop large.

b) *Les synthétistes*. D'autres auteurs choisissent d'emblée de limiter les normes du droit des conflits armés inaltérables par le Conseil à l'ordre public humanitaire (le *jus cogens*). Ainsi, selon D. Schindler (34), le droit des conflits armés indérogeable correspond au noyau dur (*Kerngehalt*) de celui-ci. Ce noyau est formé par les règles à visée humanitaire, par exemple sur les moyens et méthodes de combat ou sur la protection des victimes. Le Conseil ne pourrait d'ailleurs pas s'écarter de ces normes ayant pour mission d'offrir une protection élémentaire de l'individu si l'on considère les buts et principes de l'Organisation dans les articles 1 et 55 de la Charte, ou encore l'action du Conseil, qui a de manière répétée insisté sur la nécessité absolue de respecter ces normes.

c) *Les minimalistes*. Certains auteurs, notamment aux Etats-Unis d'Amérique, sont plus déférents aux pouvoirs du Conseil. Les règles du droit des conflits armés, mais aussi des règles appartenant au droit international humanitaire *stricto sensu*, pourraient être écartées par le Conseil en cas d'urgence. Les dérogations ne seraient permises que s'il y a décision du Conseil en bonne et due forme et en vertu du Chapitre VII, si les dérogations sont temporaires, propor-

(34) Cfr. Dietrich SCHINDLER, «Probleme des humanitären Völkerrechts und der Neutralität im Golfkonflikt 1990/91», *R.S.D.I.E.*, vol. 1, 1991, p. 12. Sur le droit international humanitaire comme *jus cogens*, voir LAURI HANNIKAINEN, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law. Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki, 1988, Finnish Lawyers' Publica-

tionnelles et strictement limitées aux exigences incompressibles de la situation. Le Conseil ne pourrait dispenser en aucun cas des garanties fondamentales, surtout celles contenues à l'article 3 commun des quatre Conventions de Genève (1949) (35).

Voici donc les positions les plus courantes dans la doctrine en synthèse : (a) indéroabilité de l'ensemble du droit international humanitaire ; (b) indéroabilité des normes protégeant l'individu (ordre public humanitaire) ; (c) indéroabilité des garanties minima issues du principe d'humanité. Ces positions peuvent se recouvrir assez largement en pratique.

On notera que dans les Résolutions récentes concernant l'occupation de l'Irak, le Conseil de sécurité a inséré une clause spécifique destinée à éviter toute collision possible entre sa décision et le droit international humanitaire. Ainsi, dans la Résolution 1483 (2003), §5, le Conseil demande expressément à toutes les parties concernées de s'acquitter pleinement de leurs obligations au regard du droit international, et en particulier du droit international humanitaire.

*C. - Collision de jus cogens
d'ordre public général
avec du jus cogens d'utilitas publica :
autodétermination des peuples
contre intégrité du Statut
de la Cour internationale de Justice*

Ce n'est pas le lieu ici d'argumenter le point de savoir dans quelle mesure l'autodétermination des peuples ressortit au droit impératif, ni de démontrer dans quel sens le Statut de la Cour représente, lui aussi, une forme de droit impératif. Il faut ici accepter cette qualification au moins sous forme d'hypothèse.

Peut-il y avoir des collisions directes entre ces groupes de normes ? Il semblerait que le conflit de normes se pose dans ces cas de manière différente. Il n'est pas direct, mais indirect. Les normes de *jus cogens* d'ordre public général sont des normes expansionnistes. Il s'agit le plus souvent de normes à portée *erga omnes*, qui, à cause de leur contenu fondamental, demandent une sanction que le

(35) *Cfr.* Brian TITTEMORE, « Belligerents in Blue Helmets : Applying International Humanitarian Law to United Nations Peace Operations », *Stanford Journal of International Law*, vol. 33, 1997, pp. 105-6.

droit devrait laisser sans faille. Aucune dérogation n'est admise; de proche en proche, il est venu s'ajouter l'idée forte qu'aucune violation de telles normes ne doit être laissée sans conséquences. Alors, une collision avec le Statut de la Cour, qui est un texte auquel la Haute Juridiction ne peut pas déroger, même sur prière conjointe des plaideurs occasionnels, peut se dessiner. En effet, *quid* si un Etat vient demander la sanction d'une norme impérative à qualité *erga omnes*, mais que la Cour estime ne pas pouvoir exercer sa compétence? Le problème s'est posé en l'affaire du *Timor Oriental* (1995). Le Portugal, en tant qu'ancienne puissance administrante, avait porté une affaire devant la Cour contre l'Australie en demandant que le droit à l'autodétermination du peuple timorais soit reconnu (ce qui aurait pour conséquence que l'Australie n'aurait pas pu conclure un traité de délimitation des espaces maritimes directement avec l'Indonésie, puissance occupante). Or, la Cour n'a qu'une compétence consensuelle. Elle a interprété ce principe comme impliquant qu'à chaque fois que l'objet même du litige suppose une détermination préalable de droits et d'obligations d'un Etat tiers non partie à l'instance qui refuse de reconnaître la compétence de la Cour, cette dernière ne pourra pas exercer la compétence lui étant conférée, car en le faisant, elle violerait le principe général du consentement. La Cour a estimé que tel était le cas en l'espèce. Elle affirme: «[L]a Cour estime que l'opposabilité *erga omnes* d'une norme et la règle du consentement à la juridiction sont deux choses différentes. Quelle que soit la nature des obligations invoquées, la Cour ne saurait statuer sur la licéité du comportement d'un Etat lorsque la décision à prendre implique une appréciation de la licéité du comportement d'un autre Etat qui n'est pas partie à l'instance. En pareil cas, la Cour ne saurait se prononcer, même si le droit en cause est opposable *erga omnes*» (36).

Cette prise de position, limitant la portée *juris cogentis* de la norme par le principe du consensualisme, a été critiquée par certains auteurs (37) comme une solution impropre du problème de col-

(36) C.I.J., Affaire du *Timor oriental*, C.I.J. Recueil 1995, p. 102, para. 29. Voir aussi l'Opinion dissidente du Juge Weeramantry, *ibid.*, p. 172; et celle du Juge Skubiszewski, *ibid.*, pp. 244-245.

(37) Cfr. Christine CHINKIN, «The Right to Self-Determination in International Law: Its Development and Futures», in P. ALSTON (éd.), *People's Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 7 et s. Christine CHINKIN, «The East Timor Case», *International and Comparative Law Quarterly* (I.C.L.Q.), vol. 45, 1996, pp. 719 et s.

lision posé. D'autres auteurs (38), en revanche, ont défendu la prise de position de la Cour, estimant précisément que les mécanismes du droit international général et les conditions de fonctionnement de la Cour sont deux choses distinctes. D'où deux positions : ou bien le *jus cogens* d'ordre public général doit irradier sur le droit procédural de la Cour, parce qu'il est hiérarchiquement supérieur ; ou bien il ne peut pas s'imposer, le *jus cogens d'utilitas publica* gardant sa propre intégrité. Il est certain que le problème n'a pas reçu une solution définitive et qu'il fera encore parler de lui.

VII. - CONCLUSION

Ces quelques lignes montrent que le problème des collisions entre normes «impératives» est un problème actuel et important, auquel il faudra finir par donner l'attention qu'il mérite. De plus, on voit que c'est un problème beaucoup plus différencié et articulé qu'il n'apparaît de prime abord.

Sur le fond, il n'est pas certain que la qualification d'impérativité emporte en tant que telle des conséquences très marquées dans la problématique considérée. Très souvent, il s'agit simplement d'un problème de collision de normes dotées d'une qualité «d'intégrité normative» particulièrement élevée et qu'il s'agit de protéger à un titre ou à un autre. Dès lors, une harmonisation entre ces normes «constitutionnelles» s'impose, mais celle-ci est opérée largement selon les techniques d'interprétation et de pesée des intérêts respectifs connues de tout juriste de droit interne. Ici, comme dans bien d'autres contextes, il convient de ne pas se laisser aveugler par la qualification impérative d'une norme, mais de scruter le fond du problème avec cet instrumentaire que la jurisprudence séculaire a légué aux hommes et aux femmes de droit.

(38) *Cfr.* Hugh THIRLWAY, «The Law and Procedure of the International Court of Justice, Questions of Jurisdiction and Competence, 1954-1989», *B.Y.I.L.*, vol. 69, 1998, p. 52; and Hugh THIRLWAY, «The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1954-1989, Points of Substantive Law: Sovereignty, Territory, State Responsibility», *B.Y.I.L.*, vol. 66, 1995, p. 59, note 205.