



Article scientifique

Article

2005

Published version

Open Access

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

Jus cogens, intangibilité, intransgressibilité, dérogation "positive" et "négative"

Kolb, Robert

How to cite

KOLB, Robert. Jus cogens, intangibilité, intransgressibilité, dérogation 'positive' et 'négative'. In: Revue générale de droit international public, 2005, n° 2, p. 305–330.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:44845>

RGDIP, 2005, p. 305 ss.

JUS COGENS, INTANGIBILITE, INTRANSGRESSIBILITE, DEROGATION «POSITIVE» ET «NEGATIVE»

par
Robert KOLB

Professeur aux universités de Neuchâtel et de Berne

De plus en plus souvent on utilise des notions telles que le *jus cogens*, l'intangibilité de droits, l'intransgressibilité, l'indérogeabilité ou toute autre expression encore pour connoter un gel normatif, à savoir l'interdiction de modifier un régime que le droit impose, semble-t-il, en bloc. C'est le cas notamment en des matières protectrices de l'individu, comme par exemple le droit des minorités, le droit international du travail, le droit des droits de l'homme, le droit international humanitaire. C'est ainsi, par exemple, que dans le titre marginal de l'article 47 de la Convention de Genève IV de 1949 relative à la protection des civils en période de conflits armés, au début de la section sur les territoires occupés, on lit l'expression «intangibilité des droits»¹. Le risque de manipulation des droits reconnus à la population des territoires occupés s'est avéré particulièrement grand lors de la seconde guerre mondiale. Dans les territoires occupés par les Allemands ou les Japonais, les dispositions protectrices ont été balayées non seulement par des violations pures et simples, mais aussi par des subterfuges comme des renonciations *ad hoc* de personnes protégées, l'annexion, la collaboration de gouvernements alignés, etc. On comprend dès lors que l'article 47 vienne tenter de mettre un verrou à tout cela et proclame de manière très stricte l'intangibilité de ces droits, ce qui

1 - Sur cette disposition et son contenu, voir R. Kolb, «Etude sur l'occupation et sur l'article 47 de la Convention de Genève IV de 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre: le degré de l'intangibilité des droits en territoire occupé», *Annuaire africain de droit international*, vol. 10, 2002, pp. 267 et s.

connote l'idée de l'intouchabilité à peu près totale. Il serait facile de produire des exemples similaires dans d'autres contextes.

A la réflexion, il s'avère qu'il faut intégrer dans ce creuset d'immobilité normative des exceptions, clairement admises par le droit. Ainsi, il est de prime abord évident que ce qui est interdit est d'aggraver le régime en question en enlevant des droits aux personnes protégées; en revanche, il est admis de garantir des traitements plus favorables, de donner plus de droits à ces personnes. Il serait en effet absurde et complètement incompatible avec le but de ces textes de nier qu'une modification des devoirs normatifs vers le haut soit impossible à l'instar d'une modification vers le bas. C'est ce que certains textes prévoient explicitement: ainsi, dans la Convention IV de Genève précitée, à l'article 7, des accords spéciaux modifiant les droits des personnes protégées sont admis. Simplement ils ne doivent pas «porter préjudice à la situation des personnes protégées, telle qu'elle est réglée par la présente Convention, ni restreindre les droits que celle-ci leur accorde». La logique est: plus, oui; moins, non. Il faut dès lors commencer à ébaucher une théorie générale de ce type de situations, et de celles connexes, décrites souvent en termes flous ou approximatifs. Non seulement il continue à régner des incertitudes conceptuelles (*jus cogens*, intangibilité, indérogeabilité, intrangressibilité), mais en outre le champ d'application de ces cas n'est pas défini (par exemple pour ce qui est de régimes qui ne protègent pas la personne humaine); la notion de «plus» et de «moins» demeure incertaine, presque impressionniste; et l'incidence de divers facteurs, comme la structure et la finalité des diverses normes, reste à être tirée au clair. De même, par exemple, quand on parle de droit d'occupation avec ses «intangibilités», les pouvoirs du Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII de la Charte, qui peuvent entrer en collision directe avec ces droits, fournissent un matériel de premier choix pour poursuivre les réflexions qui seront ici ébauchées. Le Conseil peut-il qualifier une situation autrement qu'une occupation, rendant le droit de l'occupation inapplicable? Une présence internationale sous mandat du Conseil est-elle encore une occupation? Jusqu'à quel point le Conseil peut-il établir des régimes incompatibles avec le droit d'occupation? On le voit: les questions sont graves, très actuelles, nombreuses.

Le point commun des régimes principalement sous considération est celui d'être des régimes «minima», partiellement subsidiaires, souvent protecteurs: 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. Le législateur estime impossible de requérir de tous un comportement selon des standards plus élevés. Il peut manquer à cela les ressources chez un grand nombre d'Etats; la diversité de vues peut s'avérer trop grande au-delà d'un certain seuil généralement acceptable; ou, il peut s'avérer prudent, du point de vue de la technique législative, de renoncer à

codifier un régime trop ambitieux en fixant simplement un minimum et en laissant le surplus à la bonne volonté des parties, avec éventuellement un espoir de progrès ultérieurs. On applique alors, en quelque sorte, l'ancienne maxime *in necessariis unitas, in dubiis libertas*.

En termes plus techniques, cela amène à dire qu'il s'agit de normes «indérogeables», car elles ne peuvent pas être transgressées vers le bas par des accords particuliers ou par d'autres mesures de type normateur (actes unilatéraux, législation interne, etc.). Si l'on veut encore préciser, il faudrait dire que seule la dérogation au sens étroit et propre est interdite, c'est-à-dire le fait de rendre inapplicable, entièrement ou partiellement, un élément de la norme — ou, en termes plus familiers, d'enlever quelque chose à la norme en l'affaiblissant. Comme on voit, à travers le terme-clé de «dérogation» on se situe près de notions telles que le *jus cogens* ou l'intransgressibilité des droits dont parle la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (1996)². L'analyse de tous ces termes se fera après avoir serré de plus près quelques exemples, afin de rendre la matière plus palpable.

A ce stade, il importe de se rendre compte que la question qui nous intéresse ne se borne pas à quelques régimes humanitaires et à la logique protectrice qui leur est propre. Certes, ces régimes sont des matières qui mettent en évidence par excellence les mécanismes dont il s'agit ici. Cependant, toute matière du droit international porte en elle cette dimension, qui est à bien regarder une dimension essentielle au droit. Nous prendrons ici comme contre-exemple le Statut de la Cour internationale de Justice, matière très peu «humanitaire», pour montrer comment des problèmes identiques du point de vue des mécanismes normatifs s'y posent.

I. ILLUSTRATIONS DU PROBLEME

1. Un exemple tiré du droit des minorités : l'affaire des Ecoles minoritaires (1928)

Un exemple particulièrement instructif et passablement négligé se trouve dans l'ancienne affaire des *Ecoles minoritaires* tranchée par la Cour permanente de Justice internationale dès 1928³. La Cour y fait une application exemplaire de mécanismes d'ordre public et de «jus cogens» avant la lettre, si bien qu'il est recommandé d'y regarder de plus près. L'affaire avait été déclenchée devant la Cour par une requête allemande. Cette requête portait

2 - C.I.J. Recueil 1996, p. 257, § 79: «Ces règles fondamentales [du droit international humanitaire] s'imposent d'ailleurs à tous les Etats... parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier».

3 - Affaire des Droits de minorités en Haute-Silésie, CPJI, série A no. 12, p. 4, part. p. 30 et s.

sur l'exercice des droits des minorités allemandes en Haute-Silésie, ces minorités se trouvant confrontées à des autorités polonaises. Le problème concernait surtout le choix sans entraves d'une école minoritaire, de langue allemande, et le devoir des autorités de ne pas traiter défavorablement ces écoles. La matière était réglée par la Convention de Genève sur la Haute Silésie conclue entre l'Allemagne et la Pologne en 1922.

Selon la Cour, le Titre I de la Convention de 1922 contient des dispositions qui ne peuvent pas être modifiées par les parties, car elles stipulent un minimum de protection. Il s'agit, dès lors, de dispositions «intangibles»⁴. Selon la Cour, l'article 65 de la Convention donne même aux articles 66 à 68 un caractère intangible encore plus marqué en disposant que les deux Parties contractantes s'engagent à ce que ces stipulations soient protégées contre des actes dérogatoires du droit interne (des lois, des règlements, etc.)⁵. Le Titre II a trait aux dispositions de protection ajoutées par les parties par des accords ultérieurs. Dès lors, selon la Cour, l'interprétation des dispositions du Titre II ne saurait contredire le sens des dispositions du Titre I, qui sont un minimum impératif: «Du caractère spécial et prééminent des stipulations du titre premier de la Convention, il résulte que toute interprétation des dispositions du titre II qui pourrait contredire le sens des stipulations du titre premier est exclue»⁶. La Cour parle ici d'interprétation, car ce qui était en cause était bien une interprétation donnée à des stipulations du Titre II; il n'y avait pas d'accord spécial manifestement dérogatoire.

Plus loin, la Cour ajoute: «[De ce qui précède] il ne s'ensuit cependant pas que les Parties contractantes n'aient pu valablement convenir d'étendre les droits prévus pour les minorités également à des personnes qui ne rentrent pas naturellement dans la notion de minorité»⁷. La Cour distingue ici très nettement selon la direction de la «dérogation»: celle qui ajoute des droits est permise, car elle est compatible avec le but du Titre I; celle qui enlève des droits et abaisse les standards de protection est proscrite, car elle s'oppose à la lettre et à l'esprit du Titre I. Le problème qui nous intéresse est ici nettement posé, mais non pas serré de plus près. Un régime est «intangible», c'est-à-dire dans une certaine mesure⁸ *juris cogentis*; mais il ne l'est que dans une direction et pas dans l'autre.

4 - *Ibid.*, p. 31.

5 - *Ibid.*, p. 31.

6 - *Ibid.*, p. 31.

7 - *Ibid.*, p. 33.

8 - Dans une certaine mesure, car la base des droits minoritaires était ici directement une convention bilatérale, qui peut manifestement être modifiée par une autre convention. Or, ces droits minoritaires étaient prévus par le Traité de Versailles, qui lui n'était pas à la disposition des parties; de plus, l'internationalisation du régime, avec des compétences importantes de la Société des Nations, était assez poussé, si bien qu'il n'était plus loisible aux parties d'abroger la Convention de Genève par *contrarius actus* bilatéral. En ce sens, il n'est pas abusif de parler de *jus cogens*. Ce qui montre d'ailleurs, que du *jus cogens* peut se trouver, formellement, dans une Convention bilatérale.

2. Les exemples tirés du droit international humanitaire

a) L'exemple le plus saillant de notre problématique en matière de droit international humanitaire est celui des *accords spéciaux* prévus dans les articles 6/6/6/7 communs (ci-après l'article 6 commun) des quatre Conventions de Genève de 1949⁹. La pratique est extrêmement riche de tels accords, qui contribuent de manière significative à l'amélioration du sort des personnes protégées¹⁰. Ces accords peuvent être directement conclus entre belligérants, ou ils peuvent être conclus par des belligérants avec la Croix-Rouge. L'article 6 commun mentionne dans chaque Convention une série de dispositions particulières qui prévoient et appellent à la conclusion d'accords spéciaux. Pour ce qui est de la Convention de Genève I, il s'agit des dispositions suivantes: la désignation d'un organisme impartial comme substitut de la Puissance protectrice (article 10, § 1); l'enlèvement, l'échange et le transport des blessés laissés sur le champ de bataille (article 15, § 2); l'évacuation des blessés ou malades d'une zone assiégée et le passage de personnel et de matériel sanitaires à destination de cette zone (article 15, § 3); la création et la reconnaissance de zones et de localités sanitaires (article 23, § 2-3); la relève du personnel sanitaire retenu (article 28, § 3); la fixation du pourcentage du personnel sanitaire et religieux à retenir (article 31, § 2); la protection des aéronefs sanitaires (article 36, § 1 et 3); la protection des aéronefs sanitaires survolant des pays neutres (article 37, § 1); la fixation du mode de l'enquête demandée par une des parties en cas de violation alléguée de la Convention (article 52). D'autres accords spéciaux sont suggérés, *mutatis mutandis*, dans les autres trois Conventions.

Tous ces accords ont pour but de faciliter la mise en œuvre des dispositions conventionnelles en s'accordant sur des modalités pratiques dans le contexte de situations concrètes, variables entre elles. L'accord est précieux pour insuffler la vie aux normes générales. L'idée est que ces accords s'inscriront dans la mise en œuvre des textes et ne s'en écarteront pas; qu'ils concerneront la protection et serviront donc le but des textes, et non le contraire. Or, des accords dérogatoires des protections, diminuant ou annulant celles-ci, sont possibles. La pratique de la seconde guerre mondiale en livre des exemples. Ainsi, à la suite des accords Scapini-Hitler du 16 novembre 1940 et Laval-Sauckel d'avril 1943, des prisonniers de guerre français ont été mis en congé de captivité et ont été transformés en travailleurs civils; ils échappèrent ainsi au contrôle du CICR et ne pouvaient plus bénéficier des envois de secours collectifs. D'autres accords déroga-

9 - Voir surtout le commentaire de J. Pictet (éd.), *La Convention de Genève I, Commentaire*, Genève, 1952, pp. 73 et s. Eu égard à l'importance de ce thème, on s'étonne de l'absence d'études spéciales, dévolues à ces accords.

10 - Voir la liste, toute sélective, qu'en donne F. Bugnion, *Le Comité international de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre*, Genève, 1994, pp. 1205 et s. Voir aussi, *ibid.*, pp. 442 et s.

toires de droits ont été conclus entre les Alliés et le Gouvernement du maréchal Badoglio¹¹. C'est pour parer à de telles éventualités que le texte des Conventions de 1929 a été modifié en 1949 et la clause de non-dérogação «défavorable» est entrée dans l'article 6 commun: «Aucun accord spécial ne pourra porter préjudice à la situation des [personnes protégées], ni restreindre les droits que [la Convention] leur accorde».

Le critère est double. Porter préjudice à la situation des personnes protégées est une première branche de l'interdiction. Elle sera souvent trop vague, car il peut être incertain, sur le coup, si une réglementation constitue un avantage ou si elle s'avérera aggraver la situation. De plus, qu'en est-il si la situation est améliorée sur certains points mais aggravée sur d'autres? C'est la raison pour laquelle, afin d'augmenter la précision et la protection, on a inséré les mots «ni restreindre les droits». Il s'agit manifestement d'immuniser l'ensemble des garanties de la Convention¹². Le critère essentiel est celui de la dérogação négative qui s'oppose à la dérogação positive: «[Les Etats parties] ne peuvent par accord spécial, restreindre leurs obligations conventionnelles, c'est-à-dire y déroger. En revanche, rien n'empêche qu'ils s'imposent des devoirs plus nombreux et plus étendus en faveur des personnes protégées (ainsi laisser au personnel retenu une liberté plus grande que celle qui est prescrite). Les obligations qui découlent des Conventions de Genève doivent, en effet, souvent être considérées comme un minimum que les Puissances sont invitées à dépasser. Ainsi, c'est le critérium de 'dérogation', plus encore que celui de 'préjudice', qui permettra le mieux de décider si un accord spécial est ou non conforme à la Convention»¹³.

Il est impossible d'insister plus nettement sur la distinction entre dérogação au sens propre (négative) et impropre (positive), afin de repousser la première et admettre la seconde. Il s'agit ici dès lors d'un *jus cogens* d'indérogeabilité et non pas d'un *jus cogens* d'intangibilité. Les dispositions en cause restent modifiables par accords particuliers, mais seulement dans une direction et non pas dans une autre.

Des exemples d'accords permis pullulent. Ainsi, de très nombreux accords d'évacuation et de secours ont été conclus, qui dépassent la lettre stricte des Conventions¹⁴. Lors de la guerre civile d'Espagne, avant même l'adoption des Conventions de Genève de 1949, le CICR a obtenu un accord des autorités de Burgos (nationalistes) et de Madrid (républicaines) de traiter les captifs respectifs comme prisonniers de guerre, et ce alors que le

11 - Sur ces cas, voir Bugnion, *op. cit.* p. 502, avec des renvois.

12 - Voir Pictet, *op. cit.* (note 9), pp. 79-80.

13 - *Ibid.*, p. 81.

14 - Voir par exemple, pour le conflit indo-pakistanaï: Bugnion, *op. cit.* (note 10), pp. 918-919.

conflit se présentait comme un conflit armé non-international¹⁵ dans lequel, comme l'on sait, le statut de prisonnier de guerre n'est pas prévu. Des exemples d'accords qui seraient interdits ont déjà été donnés pour ce qui est de la seconde guerre mondiale.

Un cas intéressant s'est présenté lors de la guerre des Malouines/Falklands (1982). Il montre qu'une mise à l'écart, par accord, de certaines normes du droit international humanitaire peut être à la fois nécessaire et compatible avec l'objectif de protection maximale des personnes protégées. Ainsi, lors du conflit, les forces britanniques proposèrent de transférer des prisonniers sur des navires, parce que c'était, dans l'immédiat, le lieu le plus sûr pour eux. Or, l'article 22 de la Convention de Genève III prévoit que des prisonniers de guerre ne pourront être internés «que dans des établissements situés sur terre ferme». Le but de cette disposition est manifestement d'assurer un lieu d'internement sûr et adéquat aux prisonniers, ce qui n'est ordinairement pas le cas en mer (expérience faite notamment pendant les guerres napoléoniennes). Cependant, au vu des circonstances particulières du cas, il est permis d'argumenter de manière téléologique (expansion téléologique) : puisque en l'espèce le but n'est pas de diminuer la protection des prisonniers, mais de l'augmenter, ce qui va donc dans le sens du but général de protection que se proposent les Conventions, la mesure de transfert sur un navire est compatible avec la Convention même si elle s'écarte de son texte. En effet, si elle ne suffit pas à son texte en tant que lettre, elle réalise entièrement son esprit. Dans un tel cas de conflit patent entre la lettre et l'esprit, ce dernier doit l'emporter. Cela, il faut le répéter, n'est vrai que parce que les garanties ne sont de fait pas diminuées, mais augmentées. Cette position fut d'ailleurs à l'époque celle des délégués du CICR, qui ont rendu visite aux prisonniers sur les navires¹⁶. Parfois, on le voit, le sens véritable de l'avantage ou du désavantage, de la dérogation négative ou positive, s'acquiert par une analyse téléologique plus que par une analyse textuelle. Cette argumentation peut se rattacher par ailleurs aux phrases suivantes, contenues dans le commentaire du CICR : «Si l'application d'une disposition conventionnelle entraînait, par suite d'un changement profond dans les circonstances, de graves inconvénients pour les personnes protégées, la clause de sauvegarde interdirait-elle aux Puissances intéressées d'essayer d'y remédier par un accord dérogeant à cette disposition ? [...] Si cependant la situation envisagée devait exceptionnellement se produire, ces organismes pourraient alors s'appuyer sur l'idée de non-aggravation du sort des personnes protégées [...] pour tolérer les mesures [...] en vue de remédier à cette situation»¹⁷.

15 - G. Djurovic, *L'Agence centrale de recherches du Comité international de la Croix-Rouge*, Genève, 1981, pp. 94 et s.

16 - Voir Bugnion, *op. cit.* (note 10), p. 754.

17 - Pictet, *op. cit.* (note 9), pp. 81-82.

b) Une autre situation intéressante est celle du *droit d'occupation*. On sait que la Convention de Genève IV tente de verrouiller de manière particulièrement efficace le droit d'occupation contre les manipulations possibles de l'occupant, après les expériences concluantes de la deuxième guerre mondiale. Dès lors, l'article 47 de la Convention IV de 1949 dispose : « 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 »¹⁸.

Or, le Conseil de sécurité exerce des pouvoirs de maintien ou de rétablissement de la paix et peut prendre des mesures contraignantes en vertu du Chapitre VII (article 25 de la Charte). Ces mesures auront priorité sur tout autre accord international : article 103 de la Charte. L'article 103, en particulier, pourrait donc devenir un levier pour déroger à la Convention de Genève IV. Lorsqu'une force militaire ou de maintien de la paix autorisée par les Nations Unies se trouve sur un territoire donné, il pourrait être argué qu'il y a priorité du mandat de cette force, tel que défini par le Conseil, sur toute autre convention internationale, y compris sur le droit d'occupation. La situation en Irak en 2003-2004, avec l'invasion par les forces alliées aux Etats-Unis d'Amérique et les résolutions subséquentes du Conseil (Résolutions 1483, 1511, 1546), posait crûment le problème, quoique dans ce cas les textes du Conseil réservaient, *pro forma*, le « droit international humanitaire »¹⁹.

18 - L'on distingue donc trois hypothèses :

(1) Le *changement d'institutions ou de gouvernement dans le territoire occupé* : c'est l'interdiction de la pratique des gouvernements fantoches. Des lois ou institutions oppressives et contraires aux droits reconnus aux civils (par exemple les lois racistes de Nuremberg, les institutions de la Gestapo ou des SS) peuvent toutefois être éliminées.

(2) L'accord de l'occupant avec les autorités locales du territoire occupé, utilisé pour s'en prendre aux droits des civils : c'est la pratique de gouvernements « Quislings » qui est ici interdite. On peut penser aussi aux accords de la France de Vichy relative à la déportation de juifs.

(3) - L'annexion et la soumission du territoire à l'ordre juridique de l'occupant.

A ces trois hypothèses, une clause générale est ajoutée : il est interdit de porter atteinte aux droits des civils dans les territoires occupés « en aucun cas, ni d'aucune autre manière ». La Convention se prémunit contre tout autre subterfuge qui pourrait encore être inventé pour tourner les obligations reconnues aux civils des territoires occupés.

19 - L'occupation irakienne a donné lieu à une ébauche de réflexions sur la question des pouvoirs du Conseil en matière de dérogation au droit d'occupation. Cf. D. Scheffer, « Beyond Occupation Law », *AJIL*, vol. 97, 2003, p. 842ss. Voir aussi E. Benvenisti, « The Security Council and the Law of Occupation : Resolution 1483 on Iraq in Historical Perspective », dans : <http://www.tau.ac.il/law/members/benvenisti/work.html>, M. Hmoud, « The Use of Force Against Iraq : Occupation and Security Council Resolution 1483 », *Cornell International Law Journal*, vol. 36, 2004, p. 435ss. K.H. Kaikobad, « Problems of Belligerent Occupation : The Scope of Powers Exercised by the Coalition Provisional Authority in Iraq, April/May, 2003 - June 2004 », *JCLQ*, vol. 54, 2005, p. 253ss. M. Starita, « L'occupation de l'Irak : le Conseil de sécurité, le droit de la guerre et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes », *cette Revue*, vol. 108, 2004, p. 883ss. M. Zwanenburg, « Existentialism in Iraq : Security Council Resolution 1483 and the Law of Occupation », *Revue internationale de la Croix-Rouge (RICR)*, vol. 86, 2004, p. 745ss. Pour une réflexion générale, voir aussi S. Vité, « L'applicabilité du droit international de l'occupation militaire aux activités des organisations

La question qui est ainsi posée est celle des limites des pouvoirs du Conseil de sécurité ; elle dépasse, dans sa généralité, de loin le cadre de ce travail et ne peut pas ici être serrée de près. Quelques réflexions situées devront suffire.

La question est celle de savoir quel est le champ d'application précis de l'article 103²⁰ tout comme celle connexe de savoir quel est le champ d'application matériel du Chapitre VII par rapport à d'autres corps de normes du droit international. Le droit de la Charte représente sans doute un droit d'ordre public, un droit d'intérêt collectif ; mais il est désormais d'autres corps de normes internationales ayant le même caractère. Le droit international humanitaire en est sans doute un représentant éminent. Dans ces cas, il y a collision entre deux corps de normes d'ordre public, deux corps de normes de type « constitutionnel » ; un critère de départ doit être indiqué.

La doctrine est unanime pour dire que le Conseil de Sécurité ne peut pas déroger à l'ensemble du droit des conflits armés. Elle se partage sur l'ampleur du pouvoir dérogatoire que possède le Conseil. Il y a *grosso modo* trois courants : l'un maximaliste, l'autre minimaliste, et le troisième synthétique ou moyen.

1) Les maximalistes

Quelques auteurs, parmi lesquels on peut citer L. Condorelli²¹, estiment que le Conseil doit *respecter le droit international humanitaire dans son intégralité*. La raison en est l'état du droit coutumier et la clause de l'article 1^{er} 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'il concerne des garanties minima pour l'individu. La validité de tout accord exonératoire est d'ailleurs exclue 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. Seyersted²², le pouvoir d'interférer avec les règles « militaires et humanitaires » de la guerre a une telle portée qu'il devrait être prévu par la Charte pour être exercé. Or, une

internationale, *RICR*, vol. 86, 2004, p. 9ss. S. Vité pose la question préliminaire essentielle de savoir si l'action du Conseil de sécurité se situe du point de vue normatif sur un plan égal au droit d'occupation (si bien que la question de dérogation peut se poser) ou si elle se situe d'emblée sur un plan différent, celui d'une action collective d'intérêt général selon des compétences particulières attribuées par le droit de la Charte (si bien que la question de la dérogation ne peut pas se poser). Il faut cependant prendre garde à ne pas balayer, par ce biais, les protections fondamentales du droit humanitaire de l'occupation.

20 - La question de savoir si l'article 103 déroge uniquement au droit conventionnel ou également au droit coutumier (et dans quelles limites) ne sera pas abordée ici.

21 - Cf. L. Condorelli, « Le statut des Forces des Nations unies et le droit international humanitaire », dans : C. Emanuelli (éd), *Les casques bleus : policiers ou combattants ?*, Montréal, 1997, pp. 105-106.

22 - Cf. F. Seyersted, *United Nations Forces in the Law of Peace and War*, Leyden, 1966, pp. 206-207.

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.

Le 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 à l'exclusion 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 cependant de tracer un cercle d'indérogeabilité trop large.

2) 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. Schindler²³, 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^{er} 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.

3) Les minimalistes

Certains auteurs, notamment aux Etats-Unis, sont plus déferents envers les 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 une décision du Conseil en bonne et due forme et en vertu du Chapitre VII, et si les dérogations sont temporaires, proportionnelles et strictement limitées aux exigences incompressibles de la situation. Le Conseil ne pourrait en aucun cas se dispenser des garanties fondamentales, surtout celles contenues à l'article 3 commun des quatre Conventions de Genève (1949)²⁴.

23 - Cf. D. Schindler, « Probleme des humanitären Völkerrechts und der Neutralität im Golfkonflikt 1990/91 », *RSDIE*, vol. 1, 1991, p. 12. Sur le droit international humanitaire comme *jus cogens*, voir L. Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law. Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki, 1988, pp. 469 et s. S. Kadelbach, *Zwingendes Völkerrecht*, Berlin, 1991, pp. 70-71 ; « Zwingende Normen des humanitären Völkerrechts », dans : *Humanitäres Völkerrecht, Informationsschrift*, vol. 5/3, 1992, pp. 118-124. Cf. aussi D. Schindler, « Die erga-omnes Wirkung des humanitären Völkerrechts », *Mélanges R. Bernhardt*, Berlin, 1995, pp. 199 et s.

24 - Cf. B. D. Tittemore, « Belligerents in Blue Helmets : Applying International Humanitarian Law to United Nations Peace Operations », *Stanford Journal of International Law*, vol. 33, 1997, pp. 105-106.

Les positions les plus courantes dans la doctrine peuvent donc être schématisées de la façon suivante : (1) indérogeabilité de l'ensemble du droit international humanitaire au sens strict ; (2) indérogeabilité des normes (fondamentales) protégeant l'individu (ordre public humanitaire) ; (3) indérogeabilité des garanties minima issues du principe d'humanité.

Il semble utile en la matière de retenir la notion d'*ordre public humanitaire* (ou de *jus cogens*). D'où la nécessité d'apporter quelques précisions. En premier lieu, il est des cas où la priorité du droit de la Charte est générale et automatique. Elle découle de la nature même des pouvoirs du Conseil. C'est le cas par exemple du droit de neutralité qui, incompatible avec le système de sécurité collective prévu par la Charte, fléchit devant elle entre les membres des Nations unies (quand elle est appliquée). En second lieu, le Conseil peut déroger au droit des conflits armés non spécifiquement humanitaire en établissant des règles spéciales. Un exemple en est l'occupation de territoires et le droit y relatif, quand il ne s'agit pas de normes prévoyant des protections fondamentales pour l'individu. On y reviendra immédiatement. En troisième lieu, le Conseil ne peut pas déroger à l'ordre public humanitaire, c'est-à-dire aux normes du droit international humanitaire au sens strict, normes qui touchent aux protections fondamentales des individus en cas de conflit armé.

En matière d'occupation de guerre, cela nous donnerait le résultat approximatif suivant. Le Conseil de sécurité n'est pas lié par l'ensemble du droit de l'occupation. Ce droit régit idéalement les cas d'occupation de territoires d'un Etat par un autre pendant la « courte » période d'un conflit armé ; il n'était pas destiné à s'appliquer à des occupations prolongées ou à des administrations internationales. C'est la raison pour laquelle ce droit exige le maintien du *statu quo* en interdisant notamment les réformes de structure et les modifications législatives, sauf pour ce qui est de l'annulation de lois oppressives. Cette situation ne convient pas à une « occupation »-administration par les Nations unies. Les buts d'une telle opération vont bien au-delà du type de situation envisagée par le droit d'occupation, fondé sur un modèle inter-étatique et visant les seules finalités de la guerre. Une fois que la présence internationale a établi le contrôle sur un territoire, le régime juridique de l'occupation militaire n'est dès lors pas pleinement applicable – à l'exception des opérations coercitives qui se fondent sur l'article 42 de la Charte des Nations unies et des opérations d'imposition de la paix. Le critère amenant à conclure à l'inapplicabilité du régime global de l'occupation militaire aux activités des administrations civiles internationales transitoires (ACIT) est la spécificité du mandat confié aux ACIT, aussi bien à leur composante civile qu'à leur composante militaire. En effet, les ACIT ont la tâche de reconstruire sur des bases nouvelles les structures de gouvernement et le système juridique interne du territoire en question, ainsi que de gérer la phase transitoire devant aboutir à un nouveau statut, à savoir l'« autonomie substantielle » (Kosovo) ou l'indépendance (Timor oriental).

C'est donc un mandat allant bien au-delà de ce qui est permis à une Puissance occupante aux termes des articles 43 et 64 de la IV^e Convention de Genève. De ces différences fonctionnelles et téléologiques, il est possible de tirer la conclusion que le droit d'occupation ne s'applique pas directement et globalement dans de tels cas.

Ce n'est cependant pas dire que le droit d'occupation n'impose pas de limites dans cette matière. Toutes les garanties fondamentales en faveur des personnes²⁵ contenues dans la Convention IV de 1949 doivent s'appliquer, car elles constituent des limites absolues. Ces dispositions-là font partie du *jus cogens* humanitaire. Un travail utile serait de tenter de définir ces dispositions de manière précise. L'article 6, § 3, de la Convention contient une indication sur les dispositions que les rédacteurs considéraient eux-mêmes comme si fondamentales qu'elles devraient s'appliquer en tout cas, c'est-à-dire aussi en dehors des limites temporelles fixées par ladite disposition. C'est là un point de départ utile pour les réflexions à mener.

Comme on le voit, en la matière la devise doit être *in media res* : ni liberté absolue du Conseil d'écarter le droit d'occupation en privant les personnes protégées de leurs garanties, ni contrainte absolue du Conseil de respecter tout le droit et de ne pas pouvoir effectivement administrer le territoire dans le sens des réformes nécessaires à sa pacification à long terme.

Dans les réflexions en la matière, on pourra faire une place importante au critère téléologique qui nous occupe : il s'agira à chaque fois, concrètement, de sous-peser si l'action dérogatoire du Conseil est à l'avantage des populations en cause, dont la protection efficace est le premier objectif du droit d'occupation. Ces populations ont (parfois) moins à craindre des mesures prises par les Nations unies que de celles d'un belligérant adverse. Il est manifeste que la dérogation (négative) de dispositions strictement humanitaires ne peut pas être à l'avantage de cette population et des personnes qui la composent. C'est la raison pour laquelle cette dérogation doit être interdite. Dans d'autres cas, la dérogation ne sera cependant pas nécessairement à leur détriment, si bien que l'expansion téléologique déjà présentée pour le cas des prisonniers de la guerre des Malouines/Falklands pourrait s'appliquer. Exemple : la dissolution d'un corps politique et de police local, corrompu, et sa substitution temporaire par un corps de police internationale, peut se présenter comme un avantage pour la population et s'avérer donc licite au point de vue d'une interprétation téléologique. Et enfin, les dérogations positives, celles ajoutant aux protections, demeurent de toute manière licites, comme le précise l'article 7 de la Convention IV. Exemple : l'organisation d'élections libres se présente comme un avantage pour la population (même si elle peut être la source de tensions momenta-

25- Qui ressemblent à des garanties de droits de l'homme, même si leur application est limitée *ratione personae* aux civils de la partie adverse.

nées); elle est compatible avec le droit d'occupation, même si ce dernier ne les prévoit pas et ne donne pas un tel pouvoir à la «puissance occupante».

3. Les exemples tirés du Statut de la Cour internationale de Justice

Le Statut de la Cour est le texte constitutif des activités de la Cour internationale. Il ne vise pas qu'à donner des pouvoirs à la Cour et à informer les parties sur leurs droits et devoirs, ainsi que sur le déroulement de la procédure. En plus, il a pour but de protéger la fonction judiciaire internationale, qui est une fonction d'intérêt public. En ce sens, le Statut décrit les conditions objectives de ce que la Cour elle-même a appelé l'intégrité de la fonction judiciaire²⁶.

En effet, la Cour n'est pas un organe judiciaire accidentel ou particulier; elle est l'organe judiciaire principal des Nations Unies²⁷. Elle participe dès lors non seulement d'un ensemble institutionnel (au nom duquel elle rend la justice), mais encore est-elle un maillon essentiel de l'ordre public mondial que la Charte des Nations unies cherche à instaurer. Un élément essentiel de cet ordre public mondial est celui d'un progrès de la *rule of law*. Dès lors, la Cour n'est pas uniquement un agent des plaideurs occasionnels comme peut l'être un arbitre. Elle est l'organe d'une communauté, en l'occurrence de la communauté mondiale. Sa tâche, et surtout les intérêts auxquels elle a mission de veiller, dépassent de plus ou moins loin les volontés ou les intérêts des seules parties à une instance.

On comprend alors que la Cour doit veiller sur son intégrité judiciaire. Cette idée d'intégrité judiciaire exprime et repose sur un intérêt collectif international (*utilitas publica*). C'est cet intérêt collectif qui entraîne en la matière des conséquences de droit impératif. En effet, les plaideurs occasionnels ne peuvent pas déroger au Statut par accord particulier. A ce propos, A. de Bustamante y Sirven écrivait dès 1925: «[L]e juge ou le tribunal, établi d'avance, [est] soumis à des règles... antérieures et supérieures à la volonté de chaque plaideur... Le judiciaire n'est pas la création concrète et spéciale de tous les plaideurs, mais il existe avant eux et au-dessus d'eux et s'exerce de haut en bas»²⁸. D'où l'indérogabilité du Statut souligné par G. Schwarzenberger: «[I]ndividual parties to cases before the Court have but a limited choice: they may take the Statute as they find it or leave it»²⁹.

26 - Selon les termes en l'affaire du *Cameroun septentrional* (1963): «C'est à la Cour elle-même et non pas aux parties qu'il appartient de veiller à l'intégrité de la fonction judiciaire de la Cour»: *C.I.J. Recueil* 1963, p. 29.

27 - Article 92 de la Charte des Nations unies.

28 - A. Sanchez de Bustamante y Sirven, *La Cour permanente de justice internationale*, Paris, 1925, p. 152.

29 - G. Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, vol. IV, Londres, 1986, p. 723.

Ce n'est toutefois pas dire que le Statut est intangible. S'il est indérogeable, c'est dans une seule direction : les plaideurs occasionnels ne peuvent pas soustraire à la Cour des pouvoirs qu'elle tient de son Statut³⁰ ; mais il est manifeste qu'ils peuvent donner à la Cour plus de pouvoirs qu'elle ne tient de son Statut. Cela est non seulement conforme au but des textes, mais encore, c'est renforcer la fonction judiciaire et aller dans le sens de ce que souhaitaient les rédacteurs du Statut. Ce qui vient d'être dit n'est pas vrai dans tous les cas : certaines dispositions sont intangibles au sens étroit du terme. Il y a là un *jus cogens* renforcé, ou si l'on préfère, multidirectionnel. Un exemple pour chaque catégorie suffira.

a) Un exemple de norme indérogeable, mais non intangible, est fourni par les avis consultatifs rendus obligatoires par un accord collatéral, conclu *ex ante* ou *ex post*, ou par une acceptation unilatérale des acteurs intéressés³¹. On sait que les avis consultatifs, en tant qu'actes juridictionnels, ne sont pas recouverts de la force de la chose jugée en ce sens qu'ils ne doivent pas être exécutés. L'avis reste un avis ; il n'emporte pas d'effet contraignant³². Cela ne signifie d'ailleurs pas que les constats de droit qu'opère la Cour dans l'avis ne soient pas définitivement tranchés en droit³³ : la Cour parle toujours *pro veritate juris*, mais ses actes ne sont pas tous revêtus de la force contraignante.

Cependant, par accord particulier, ces avis consultatifs peuvent dans un cas donné être revêtus de cette force exécutoire qui d'ordinaire leur manque. La Cour a admis qu'un avis consultatif pouvait être rendu obligatoire par de tels accords collatéraux notamment dans les affaires ayant trait à des recours contre des décisions des tribunaux administratifs en matière de fonction publique internationale³⁴. Et la Cour a donné aussi la juste mesure à cette capacité de « modification » du Statut en la liant à la logique de la dérogation positive. Ainsi, dans l'affaire des *Jugements du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du travail sur requêtes contre l'UNESCO*

30 - Voir les nombreux exemples dans R. Kolb, *Théorie du jus cogens international*, Paris, 2001, pp. 209 et s.

31 - Voir G. Bacot, « Réflexions sur les clauses qui rendent obligatoires les avis consultatifs de la CPIJ et de la CIJ », *cette Revue*, vol. 84, 1980, pp. 1027 et s. ; R. Ago, « 'Binding' Advisory Opinions of the International Court of Justice », *AJIL*, vol. 85, 1991, pp. 439 et s.

32 - Voir H. Mosler/K. Oellers-Frahm, « Article 96 », dans : B. Simma (éd.), *The Charter of the United Nations - A Commentary*, 2nd ed., Oxford, 2002, pp. 1188 et s.

33 - Certains auteurs admettent, à juste titre, que le point de droit est définitivement réglé par la Cour, même en l'absence de force exécutoire ; dès lors, l'organe requérant doit se conformer à l'avis sur les points qui sont purement de droit, alors qu'il reste libre sur les autres : G. Abi-Saab, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale*, Paris, 1967, pp. 82 et s. Plus poussé encore : G. Scelle, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 46, 1933-IV, p. 581 : « Il est contradictoire, et par conséquent techniquement impossible, de déclarer que le sujet de droit (...) lorsqu'il sait quel est le droit dans un cas concret, puisse refuser de s'y plier ».

34 - Voir par exemple *C.I.J. Recueil 1956*, p. 84 ; *C.I.J. Recueil 1973*, p. 182.

(1956), elle a affirmé que la disposition qui rendait obligatoire l'avis « n'affecte en rien le mode selon lequel la Cour fonctionne : celui-ci reste fixé par son Statut et son Règlement. Elle n'affecte ni le raisonnement par lequel la Cour formera son opinion, ni le contenu de l'avis lui-même »³⁵. Si tout cela n'avait pas été garanti, la Cour aurait refusé de donner l'avis, car la requête, dans ses conditions concrètes, aurait empiété sur le Statut dont la Cour ne peut pas se départir ; en d'autres termes, il y aurait alors eu dérogation négative, qui demeure interdite.

Dans le contexte du droit international du travail, la Constitution de l'OIT prévoit la possibilité de demander un avis à la Cour dont les effets seront non seulement obligatoires pour l'organe qui le requiert mais encore pour tous les Etats membres (effet *erga omnes*)³⁶. C'est là un effet obligatoire renforcé, greffé sur ces avis en vertu d'un traité international institutionnel (Constitution de l'OIT).

Un problème similaire s'est posé pendant un certain temps en matière de mesures conservatoires, tant que leur caractère obligatoire n'était pas admis³⁷. Si l'on part de l'idée que ces mesures sont non contraignantes, il demeurerait possible de les rendre obligatoires en vertu d'autres textes. Dans ce cas, il y avait dérogation positive au Statut de la Cour. Une telle dérogation positive se trouvait dans des conventions organisant le règlement des différends, et qui prévoient le recours à la Cour internationale. Un exemple en était la Convention de Montego Bay de 1982. Tant qu'on supposait que l'article 41 du Statut ne conférait pas de force contraignante aux mesures conservatoires indiquées par la Cour, les mesures ordonnées en vertu de l'article 290 (6) de la Convention de Montego Bay auraient été obligatoires selon les précisions dudit article.

Les règles contenues aux articles 288-296 de la même Convention fournissent un autre exemple. Ces règles donnent aux juridictions appelées (la Cour internationale pouvait en faire partie) certains pouvoirs spéciaux. Elles prévoient par exemple une procédure préliminaire spéciale relative à l'abus des voies de droit offertes par la Convention (article 294). La Cour acquiert alors la compétence d'appliquer cette procédure spéciale, quoiqu'elle ne soit pas prévue dans son Statut. Nous nous situons dans le cadre d'une dérogation positive licite, car les pouvoirs de la Cour sont renforcés, alors que celle-ci peut encore fonctionner sans heurts selon son Statut³⁸.

35 - C.I.J. Recueil 1956, p. 84.

36 - Article 37 de la Constitution de l'OIT. Voir F. Maupain, « L'interprétation des conventions internationales du travail », *Mélanges N. Valticos*, Paris, Pedone, 1999, pp. 576-577, avec des renvois.

37 - Voir désormais l'affaire *LaGrand* (2001), §§ 98 et s.

38 - Selon une partie de la doctrine, les dispositions de la Convention sur le droit de la mer dérogent au Statut en tant que *lex specialis*. Dans les cas couverts par la Convention, la Cour opérerait directement sur la base de la Convention plutôt que de son Statut. Cette opinion doit être rejetée. La Cour ne peut agir que sur la base de son Statut, qui est indérogable. La situation s'analyse comme l'exercice de la faculté des parties de donner plus de droits à la Cour par accord particulier. Voir N. M. Donnarumma, « La soluzione delle controversie nella nuova Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare », *Studi marittimi*, 1985, no. 24, p. 53.

b) L'article 34, § 1, du Statut nous fournit en revanche l'exemple d'un cas d'intangibilité normative. Il dispose de manière laconique et incisive: «Seuls les Etats ont qualité pour se présenter devant la Cour». Cela vaut en matière de procédure contentieuse. Cette disposition est d'ordre public. Elle incorpore un choix délibéré du législateur de n'ouvrir la Haute Juridiction qu'aux Etats parties, à l'exclusion de tous les autres sujets internationaux. La Cour ne peut pas se départir de cette exigence de son Statut même sur demande des parties: par exemple s'il y avait accord entre un Etat et une entité non-étatique de comparaître devant la Cour. A.P. Fachiri est parmi ceux qui s'expriment à ce sujet: «It is thus impossible for the Court to entertain a suit brought by an individual or corporation in respect of any claim or matter whatsoever either against his or its own State or a foreign State, and this absence of jurisdiction could not be cured even by consent to the submission of the part of a State»³⁹. G. Schwarzenberger n'est pas moins clair: «The constitutional limitations of the Court's jurisdiction fall into three main groups (...). If a party to a dispute is a non-State or a State to which the Court is closed, this suffices to prevent the case from receiving consideration by the Court (...). It is beyond the power of the parties or the Court to condone the breach of any of these provisions of the Court's *jus cogens*»⁴⁰.

Les débats lors de l'adoption de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer illustrent ce point. En effet, une des raisons pour la création d'un Tribunal du droit de la mer tel que prévu par la Convention de Montego Bay⁴¹ réside précisément dans le caractère impératif de l'article 34 du Statut de la Cour. Initialement, les négociateurs étaient confrontés à une double option: s'en remettre, pour la solution des litiges issus de la Convention et que les parties souhaitaient soumettre à un règlement judiciaire, à la Cour internationale; ou créer une nouvelle juridiction spéciale. L'un des quatre arguments principaux⁴² qui ont penché en faveur d'un tribunal autonome spécialisé, c'est que la Partie XI de la Convention (relative à l'exploitation des ressources de la Zone, *i.e.* des fonds marins sous la haute mer)⁴³ prévoyait des activités menées par une Entreprise représentant

39 - A. P. Fachiri, *The Permanent Court of International Justice*, 2nd ed., Oxford/Londres, 1932, p. 62.

40 - G. Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, vol. IV, *International Judicial Law*, Londres, 1986, pp. 434-435. Dans sa pratique judiciaire, la Cour s'est toujours montrée attentive aux limites de sa compétence *ratione personae*. Dans les nombreux cas où des individus ont directement adressé à la Cour une requête contre un gouvernement, le Greffier s'est borné à leur opposer une fin de non-recevoir fondée sur l'article 34 du Statut. Il n'a pas cherché à connaître la position de l'Etat actionné pour savoir s'il était prêt à se soumettre à la Cour.

41 - Articles 286-296 de la Convention de Montego Bay.

42 - Cf. L.B. Sohn, «Settlement of Disputes Arising Out of the Law of the Sea Convention», *San Diego Law Review*, vol. 12, 1975, pp. 495 et s, 504 et s. A.R. Carnegie, «The Law of the Sea Tribunal», *ICLQ*, vol. 28, 1979, pp. 682-684.

43 - Arts. 133 et suiv. de la Convention.

l'humanité⁴⁴ et par des entreprises publiques ou privées⁴⁵. Il était admis qu'à cause de l'article 34 du Statut ces entités ne pourraient pas se présenter devant la Cour. Il était cependant exclu de les laisser sans protection juridique. D'où la nécessité de créer une juridiction spéciale à la compétence personnelle élargie⁴⁶. La reconnaissance incontestée de cette nécessité témoigne sans ambiguïté de la conviction que l'article 34 du Statut de la Cour ne peut pas être assoupli par accord contraire des parties (sauf par l'ensemble des Etats parties au Statut). C'est admettre que l'article 34 a un caractère impératif et même un caractère d'intangibilité: aucun autre sujet ne peut comparaître devant la Cour; il n'y a pas de protection dans une direction donnée, mais gel dans toutes les directions possibles.

II. ANALYSE SOMMAIRE DES CONCEPTS ET DES PROBLEMES POSES

Il ne saurait être question ici de serrer de près les problèmes et les concepts posés, car cela serait plutôt le travail d'une petite monographie. Cependant, au moins deux séries de problèmes peuvent être considérés. D'abord, celui de la cartographie du problème discuté à travers des concepts trop souvent confusément utilisés, comme l'intangibilité, l'intransgressibilité, le *jus cogens*, la dérogation. Ici, des délimitations plus nettes sont nécessaires. Ensuite, l'analyse de la notion «d'avantage» pour les personnes protégées (ou «d'adjonction» au régime statutaire), qui est permis. Ce qui constitue un tel avantage admis n'est pas de prime abord clair. Certes, il est des cas évidents; mais il en est d'autres qui le sont moins; dès lors il faut tenter de serrer cette notion de plus près.

1. Les notions d'indéroabilité, de *jus cogens*, d'intransgressibilité et d'intangibilité

Il y a quatre notions qu'il faut voir de plus près: (a) d'abord la «dérogation»; (b) ensuite le lien de celle-ci avec le *jus cogens*; (c) ensuite l'intransgressibilité comme notion autonome; (d) enfin l'intangibilité.

a) La dérogation

La dérogation se distingue d'un côté de la *modification* de normes par le processus législatif ordinaire. La dérogation se distingue de l'autre côté de la simple *violation* de normes par des actes contraires à leurs prescriptions.

44 - Article 170 de la Convention et Annexe IV.

45 - Article 153 de la Convention.

46 - Voir l'article 291 (2) de la Convention; article 20 (2) du Statut du Tribunal sur le droit de la mer, Annexe VI de la Convention (Règlement des différends relatifs aux fonds marins).

La notion de dérogation se présente donc comme un triptyque au sein duquel sont décisives les deux relations dérogation – modification et dérogation – violation, c'est-à-dire les relations des images sur les volets avec l'image centrale. Une fois ces rapports précisés, l'on peut se tourner vers le sens intrinsèque du mot dérogation.

Il faut bien se garder de confondre la conclusion d'accords particuliers *ratione personae* avec la modification d'une norme, qu'elle soit de *jus cogens* ou non, par les moyens ordinaires de création juridique. La conclusion de l'accord particulier repose sur l'action de quelques parties, la modification de la norme de base sur l'action de la totalité des sujets parties à un traité, ou sur celle d'une majorité qualifiée d'Etats dans le cadre du droit coutumier. Dans le premier cas la situation se présente sous le jour d'un dualisme normatif : à l'acte ou au régime général qui continue à exister et à s'appliquer, quelques parties superposent un acte ou un régime particulier qu'elles prétendent prioritairement valable *inter se*. Dans le second cas rien de tel. Le régime initial cesse d'exister, car il est remplacé par un autre de portée normative équivalente. C'est le cas de l'abrogation. Cette distinction peut d'ailleurs être facilement méconnue dans l'ordre juridique international. La ligne de démarcation entre création de droit général et création de droit particulier y est singulièrement peu accusée à cause de l'indistinction relative entre sujets créateurs du droit et sujets destinataires des normes.

La dérogation se distingue de l'autre côté de la simple violation d'une norme. La violation en tant qu'acte matériel est simplement la non-conformité d'un comportement avec le contenu, avec l'injonction d'une norme. La dérogation a, quant à elle, trait à la substitution d'un régime normatif à un autre, au remplacement d'une *lex generalis* par une *lex specialis* applicable entre les parties restreintes. Donc : la violation est un simple fait ; la dérogation est un acte juridique. Cela ne veut d'ailleurs pas dire que la notion de dérogation ne s'applique jamais à des actes unilatéraux : encore faut-il que ceux-ci soient des actes juridiques et non pas simplement des actes matériels. Le concept de dérogation (et donc de *jus cogens*) pourra s'appliquer à des actes unilatéraux à condition que l'acte unilatéral : (1) ait force normative ; (2) qu'il s'agisse d'établir sa validité ou sa nullité, et non sa licéité ou son illicéité – ce dernier aspect relevant du droit de la responsabilité internationale. Ainsi, il est possible de mesurer la *validité* d'une promesse par rapport au *jus cogens*, car la promesse est un acte normatif ; dès lors, la question de sa validité peut être posée. Au contraire, le fait de recourir à la force n'est pas un acte dont la validité peut être analysée ; il ne peut s'agir que de déterminer sa *licéité*.

Le sens propre de la « dérogation » dans ce contexte⁴⁷ est le suivant : la dérogation signifie la fragmentation d'un régime juridique objectif ou intégral en des rapports juridiques particuliers *ratione personae*. La dérogation signifie l'opération du principe *lex specialis derogat legi generali*.

b) *Le jus cogens*

Sans entrer ici dans la théorie générale du *jus cogens*⁴⁸, il est possible de dire que celui-ci a généralement, et selon la conception classique, la fonction de neutraliser l'opération du principe *lex specialis derogat legi generali* en frappant de nullité l'accord contraire. Le *jus cogens* est donc le principe d'anti-dérogation par excellence ; c'est l'anti-matière de la dérogation. L'interdiction de dérogation correspond alors à une *limitation du pouvoir juridique de créer des normes particulières (norm-creating power)*. Cette formule englobe la situation de l'accord dérogatoire, mais recouvre aussi les autres situations envisagées, telles que les actes juridiques unilatéraux ou la coutume restreinte ; elle est donc plus large. Cette formule plus large correspond mieux à la structure du droit international, qui est décentralisée. En résumé, le *jus cogens* est une technique du droit qui vise à maintenir l'unité et l'intégrité d'un régime juridique en interdisant sa fragmentation normative en régimes restreints, applicables prioritairement *inter partes*, notamment quand le législateur a prévu cette indérogabilité en raison d'un intérêt public (*utilitas publica*).

Cet intérêt public peut être proche des situations qui nous intéressent ici. Le législateur veut garantir un régime minimum parce que cela correspond à un but social qu'il estime être d'intérêt général. Ainsi, quand la loi prévoit un salaire minimum en le dotant d'un régime impératif, elle vise à garantir un minimum de vie pour les salariés. Elle le fait en vue de la paix sociale, de la prévention des troubles et des crimes, d'un but humanitaire et de progrès, mais aussi pour tenter de ne pas grever outre mesure les caisses sociales publiques. La loi n'entend évidemment pas empêcher que, par contrat, les parties s'accordent sur un salaire plus élevé. Le *jus cogens* est en ce sens une notion directionnelle : la non-dérogation envisagée est celle qui s'oppose au but de la norme en plaçant dans une situation plus défavorable la personne ou la fonction envisagée par rapport au but général, et impératif, fixé dans la norme.

47 - On ne parle pas ici de la « dérogation » de droits de l'homme en période d'urgence, comme cela est par exemple prévu à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme de 1950. En effet, en matière d'état d'urgence, les droits de l'homme 'indérogeables' sont ceux qui ne peuvent pas être suspendus ou restreints au-delà d'un certain degré dans le cas de l'existence d'une situation sociale déterminée. Ce qui est en cause ici est la restriction par un acte (législatif) unilatéral, non la substitution d'un régime juridique général par un autre applicable prioritairement *inter partes*. Il ne s'agit donc pas d'une dérogation au sens susindiqué.

48 - Sur ce point, voir R. Kolb, *Théorie du ius cogens international*, Paris, 2001, avec de nombreux renvois.

Cela permet de dégager la notion de « dérogation » de celle « d'adjonction », la dérogation positive de celle de dérogation négative. La dérogation négative est celle qui rend inapplicable, partiellement ou totalement, un élément de la norme générale. Elle est interdite si une norme est *juris cogentis*, mais reste permise si une norme est *juris dispositivi*. La dérogation positive n'est pas à strictement parler une dérogation ; c'est tout au plus une dérogation au sens impropre. Aucun élément de la norme n'est rendu inapplicable ; simplement, les éléments de la norme sont mis dans un contexte nouveau, car des aspects leur sont ajoutés. La norme est toutefois modifiée dans son application concrète, *inter partes*. En ce sens, pour distinguer cet aspect de la modification de la norme *erga omnes partes*, il peut être licite de parler de « dérogation positive ». Elle signifiera une modification subjective, applicable de manière restreinte, et intégrant dans la norme de nouveaux éléments qui n'y figuraient initialement pas. Le point commun de ces cas est que rien n'est soustrait au contenu du régime normatif. C'est un aspect supplémentaire qui s'y ajoute. L'accord des parties complète une norme (éventuellement impérative) par un contenu que les parties choisissent de lui adjoindre et qui n'est valable qu'entre elles. Ce contenu adjoint peut lui-même être rendu impératif, tout comme il peut être *juris dispositivi*.

On peut résumer ce qui précède comme suit : La dérogation désigne la substitution d'un régime normatif plus restreint *ratione personae* à un régime normatif plus général, le premier étant alors prioritairement valable *inter partes*. Le régime général reste applicable entre les parties qui n'ont pas souscrit au régime spécial, dérogoire ; le régime spécial régit en revanche les relations juridiques entre les parties qui l'ont accepté. La dérogation se distingue ainsi de l'abrogation, qui elle met un terme objectif, envers tous les sujets, à un régime normatif ; ce dernier cesse dès lors d'exister *erga omnes*. L'indéroabilité ou l'interdiction de la dérogation vise à son tour à interdire aux sujets l'adoption de régimes normatifs applicables entre eux de la manière décrite, et cela pour protéger l'intégrité normative du régime général, considéré indispensable au regard de certaines valeurs sociales. C'est là le domaine du *jus cogens*. L'ajout d'éléments nouveaux à une norme impérative reste possible dans le cas de régimes minima quand ils ne se heurtent pas au but protecteur de la norme. On peut parler à cet égard de dérogation positive.

c) L'intransgressibilité

Comme il a déjà été indiqué, la Cour internationale de Justice a enrichi le droit international d'un concept nouveau dans l'affaire de la *licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (1996)⁴⁹. Elle s'exprime comme

49 - C.I.J. Recueil 1996, p. 257, § 79.

suit : « Ces règles fondamentales [du droit international humanitaire] s'imposent d'ailleurs à tous les Etats... parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier ». La doctrine ne s'est pas fait faute d'y voir une allusion indirecte au *jus cogens*⁵⁰ ; elle a parfois critiqué la Cour pour sa pusillanimité et son manque de courage d'admettre enfin ce concept en le consacrant officiellement (et non par ricochet) dans sa jurisprudence. Un auteur a même ironisé sur le concept en estimant que si la Cour voulait dire que les principes de droit international humanitaire ne doivent pas être transgressés, il s'agit d'un simple truisme : toute norme juridique est obligatoire et ne doit partant pas être transgressée⁵¹. Cela est manifestement vrai même si c'est désormais trop souvent oublié. Mais ce n'est manifestement pas ce que la Cour visait. « Intransgressible » signifie ici plus que simplement obligatoire. Est-ce que cela signifie simplement « impératif » ? S'agit-il simplement de *jus cogens* qui ne dit pas son nom ? Ce n'est pas certain.

Le terme « intransgressible » renvoie certainement à l'idée d'une normativité renforcée inhérente aux règles fondamentales du droit international humanitaire, la question étant de savoir quel est le degré de renforcement visé par la Cour. Comme il a été dit, il faut sans doute écarter une interprétation littérale : « intransgressibles » ne signifie pas 'qui ne doivent pas être transgressées', car cela est vrai de toute norme juridique incorporant une obligation ; pareillement, « intransgressibles » ne peut pas non plus signifier que la règle ne peut pas être transgressée en fait, car cela est à son tour une impossibilité logique, chaque règle de droit pouvant être violée, faute de quoi il s'agirait d'une loi de la nature et non pas d'une règle de droit. Il reste dès lors une interprétation qui voit en ce terme un renvoi au caractère « absolu », « sans exceptions », « intangible » des règles fondamentales du droit international humanitaire.

L'équation « droit intransgressible = droit impératif » n'est pas certaine, mais il semble bien que l'on puisse accepter la contamination partielle des deux concepts intransgressible/impératif, au moins pour ce qui est du minimum commun : si les règles fondamentales du droit international humanitaire sont à considérer comme étant intransgressibles, il faut que pour le moins elles ne puissent pas faire l'objet d'une dérogation *inter partes* ; et alors elles constituent du *jus cogens* au sens propre du terme. Or, d'autres conséquences peuvent découler du terme d'intransgressibilité, dépassant celles du droit impératif. Ces autres conséquences découlant de l'intransgressibilité de ces normes restent toutefois incertaines. Cependant, il est en

50 - Voir par exemple V. Chetail, « The Contribution of the International Court of Justice to International Humanitarian Law », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 85, 2003, pp. 250-252.

51 - L. Condorelli, « Nuclear Weapons : A Weighty Matter for the International Court of Justice », *ibid.*, vol. 79, 1997, p. 14.

tout cas possible de lire le terme « intransgressible » comme tenant compte du caractère particulier du droit international humanitaire. Cette branche connaît en pratique de nombreux accords spéciaux venant modifier les droits des personnes protégées, accords spéciaux de surcroît favorisés par les Conventions pertinentes⁵². En plus du caractère impératif, il y aurait dès lors quelque reconnaissance du caractère particulier de cette « protection seulement minimale », si indissociable de la branche du droit en cause. Qualifier ces normes de *jus cogens* n'aurait peut-être pas suffi à faire ressortir suffisamment cette caractéristique. Il aurait fallu dire que ces normes sont impératives, mais expliquer aussi la caractéristique particulière de cette impérativité, qui n'est en rien une intangibilité, qui distingue si nettement entre la dérogation négative et positive; et c'est ici que le terme « intransgressible » peut avoir son utilité. « Transgresser » signifie en effet franchir une limite, soit en fait, soit par des actes dérogatoires. Ce mot pourrait être interprété ici comme signifiant qu'il ne faut pas franchir la limite minimale du régime de protection telle que stipulée dans les textes; mais que toute modification en faveur des personnes protégées reste possible et souhaitable. En un mot, il pourrait être interprété comme incorporant la distinction entre dérogation négative et positive. Les normes intransgressibles seraient alors une (sous-) catégorie de normes de *jus cogens*, caractérisées par le fait d'admettre en tout cas la dérogation positive. Comme on l'a vu, il y a des normes de *jus cogens* qui ne l'admettent pas et qui sont à proprement parler intangibles.

d) L'intangibilité

Ce terme, utilisé parfois à propos des Conventions de Genève sur le droit des conflits armés, est dans ce contexte inexact. Il ne s'agit pas de droits gelés, intouchables, intangibles. Ils sont modifiables, mais seulement dans un sens déterminé. La possibilité de dérogation positive explique pourquoi le terme « intangible », souvent utilisé pour des droits de type absolu, est littéralement incorrect: les droits en cause ne sont pas à proprement parler intangibles, ils ne peuvent simplement pas être diminués. Cependant, il est des cas où le terme intangible est adéquat: il s'agit de certains cas de *jus cogens*, du *jus cogens* d'intangibilité; un exemple est constitué par l'article 34 du Statut de la Cour internationale de Justice tel qu'il a précédemment été discuté.

52 - Voir par exemple les articles 6, 10, 15, 23, 28, 31, 36, 37 et 52 de la Convention I de Genève de 1949; les articles 6, 10, 18, 31, 38, 39, 40, 43, et 53 de la Convention II de Genève; les articles 6, 10, 23, 28, 33, 60, 65, 66, 67, 72, 73, 75, 109, 110, 118, 119, 122 et 132 de la Convention III de Genève; et les articles 7, 11, 14, 15, 17, 36, 108, 109, 132, 133 et 149 de la Convention IV de Genève.

2. Les problèmes liés au concept « d'augmentation » des droits (dérogation positive)

Il paraît évident d'admettre l'augmentation des droits des personnes protégées (ou l'adjonction de compétences ou d'effets de droit dans le cas de statuts judiciaires), conformément à la finalité générale du régime. Dans la grande majorité de cas, il ne sera pas problématique de se déterminer quant à la licéité du processus. En effet, si un prisonnier de guerre est logé dans des conditions plus confortables que ne le prévoit la Convention, ou s'il est payé davantage que le salaire minimum pour son travail, personne n'y verra un conflit avec la Convention.

Cependant, il peut être difficile, dans un cas donné, de déterminer si l'avantage est compatible avec l'idée de dérogation positive admise. Pour reprendre l'exemple qui vient d'être mentionné : *quid* si d'autres prisonniers de la même classe ne reçoivent pas le même traitement plus favorable ? N'y a-t-il pas alors une discrimination interdite par la Convention (article 12 de la Convention III de 1949) ? Et n'y a-t-il pas alors une dérogation négative qui va de pair avec une dérogation positive ? Autre exemple : *quid* si l'avantage concédé va directement de pair avec certaines charges ? On sait que les gratifications sont souvent grevées de quelques fardeaux, qui doivent être supportés : *qui habet commoda, ferre debet onera*. Le problème a souvent été discuté en droit civil, notamment quand il s'agit de savoir si une personne incapable de contracter, par exemple un mineur, peut acquérir des droits qui ne sont qu'à son avantage et précisément non à sa charge.

En droit international la situation peut se présenter également. Divers exemples montrent que les cas sont distincts quant à leur valeur exacte par rapport à l'idée de dérogation positive. Par exemple : (1) le rapatriement hypothétique d'un prisonnier de guerre, qui doit promettre, afin de l'obtenir, de faire ou d'omettre de faire toute une série de choses au-delà de ce que prévoient les textes (les textes prévoient par exemple libération sur parole⁵³) ; (2) même cas, mais cette fois le prisonnier doit s'engager, pour être libéré, à espionner son Etat d'origine une fois qu'il sera rentré chez lui ; (3) un prisonnier obtient la garantie qu'il ne sera pas poursuivi pour les infractions graves (crimes de guerre) commis ; etc.

On voit que des problèmes différents se posent : une charge collatérale à l'avantage peut s'avérer illicite, car elle contrevient à une norme du droit des conflits armés. Une charge peut au contraire ne pas être en soi illicite, car elle n'affecte aucune norme du droit des conflits armés ou du droit international en général. Dans ce dernier cas, la charge peut tout de même être excessive du point de vue de l'objet et du but des dispositions applicables,

53 - Voir les articles 10-12 du Règlement relatif à la guerre sur terre annexé à la Convention IV de La Haye de 1907.

car elle impose trop à la personne protégée et annule dès lors, téléologiquement, l'« avantage ». Il est possible aussi que cela ne soit pas le cas, c'est-à-dire que la charge incidente à l'avantage est modeste et ne contrevient pas au but des règles applicables ; dans ce cas, l'acte se présente donc en droit comme un « avantage ». On voit que le critère téléologique, le but général de protection – le principe d'humanité, la protection de l'intégrité de la fonction judiciaire, ou d'autres encore – sont décisifs. On voit aussi que ces critères laissent une marge certaine d'interprétation et que des cas difficiles peuvent se présenter. Aucune solution *a priori* ne pourra alors être donnée, tout dépendra de l'interprétation et de la pondération au cas par cas, compte tenu de la situation d'espèce et du but général visé. L'exemple précité des prisonniers de guerre transférés sur des navires lors de la guerre des Falklands/Malouines est à cet égard instructif. Enfin, il est des cas où l'avantage obtenu est directement illicite : par exemple, la garantie de ne pas être poursuivi pour infractions graves alors que les Conventions prévoient le devoir de répression pénale. C'est une dérogation en faveur d'une « personne protégée » ; mais il serait également possible de parler ici de dérogation négative, au vu des buts généraux des Conventions, et au vu du but d'amendement et de prévention de la sanction pénale.

Dans d'autres cas, il peut déjà être difficile de déterminer s'il s'agit d'un avantage. Exemple : *quid* d'un accord spécial qui stipule que des personnes protégées (par exemple des prisonniers de guerre) ne travailleront pas ? Cet accord spécial peut être analysé comme une libération des prisonniers de l'astreinte au travail. Cela peut être perçu comme une amélioration de leur sort par rapport à la règle commune, qui permet cette astreinte (l'astreinte n'est possible que pour les prisonniers au-dessous du grade d'officier)⁵⁴. Mais en est-il ainsi ? Qu'en est-il de prisonniers qui souhaitent travailler et qui, selon les termes de l'accord spécial, ne le pourront pas ? On sait que dans la guerre Iran/Irak (1980-1988), les prisonniers souhaitaient vivement travailler. Il était psychologiquement difficile pour eux de rester désœuvrés pendant les longues années de leur détention. Qu'est-ce qui est un avantage : ne pas avoir l'astreinte de travailler ? Ou est-ce un désavantage de ne pas pouvoir travailler, même si on le souhaite individuellement ?

Tout ce qui précède n'a pour but que d'indiquer la difficulté des situations qui peuvent se présenter concrètement. Le critère de la dérogation favorable et défavorable n'est facile que dans des cas manifestes ; dans un certain nombre de cas concrets, tels que les produit la réalité, complexes dans leurs enchevêtrements, il peut s'avérer très difficile à manier.

CONCLUSION

L'objectif des quelques lignes qui précèdent était d'ouvrir l'appétit du lecteur pour des concepts jusqu'ici peu analysés et pour des situations jusqu'ici peu envisagées. Il en est ainsi dans bien des branches du droit international, dans lesquelles les mêmes concepts font l'objet d'un sur-traitement alors que d'autres végètent à peine perçus au loin du feu des projecteurs. Or, la doctrine peut ici faire œuvre utile, notamment quand il s'agit de concepts et de domaines théoriquement importants et pratiquement pertinents. En matière d'intégrité normative, le droit international s'est considérablement enrichi ces derniers temps. Finie l'époque où seul le *jus cogens* donnait des frissons à ses détracteurs. Désormais, bien d'autres concepts apparentés l'ont rejoint, sans que leur généalogie n'ait été réellement tirée au clair : la dérogation a pris quelque autonomie, « l'intransgressibilité » est sortie du ciel de La Haye, « l'intangibilité » s'est imposée en sortant de la pénombre du droit humanitaire. Une étude d'ensemble en cette matière serait du plus haut intérêt. *Tantae molis erit?*

RESUME

Ce travail a pour but de tracer quelques pistes de réflexion concernant des concepts souvent véhiculés dans la jurisprudence de ces dernières années, et qui comportent l'idée d'un gel normatif à des fins d'intérêt public. Il s'agit des notions d'inderogabilité (et donc de jus cogens), d'intangibilité, d'intransgressibilité, etc. Le but poursuivi est de préciser le champ d'application de ces notions, tant dans ce qu'elles ont en commun que dans ce qui les distingue. Une distinction importante repose sur la direction de la dérogation: une dérogation positive, qui ajoute à la protection ou à la force de la fonction internationale sera souvent admise (mais pas toujours), alors qu'une dérogation négative, qui ôte à la protection ou affaiblit la fonction internationale, sera le plus souvent interdite.

ABSTRACT

This paper purports to stimulate reflection on some concepts often used in the jurisprudence of the last years: e.g. inderogability (and thus jus cogens), intangibility, intransgressibility, etc. All these concepts are connoted to the idea of some freezing of a legal régime in order to serve public interests. The aim is to give some precision to the proper scope of all these notions, as much in their common aspects as in their differences. An important distinction is based on the direction of derogation: quite often positive derogation is admitted, whereas negative derogation is not admitted. Positive derogation (improper derogation) covers situations where something more favorable to the protected persons or to the international function at stake is added to the legal régime. Negative derogation covers situations where the reach of protection or of strength of the international function is weakened or reduced; it will be often prohibited.

RESUMEN

El trabajo se propone trazar algunas pistas para la reflexión sobre una serie de conceptos que han sido utilizados por la jurisprudencia en los últimos años y que implican la idea de una congelación del ordenamiento destinada a fines de interés público. Se trata de las nociones de inderogabilidad (y, en consecuencia, de ius cogens), de intangibilidad, de intransgresibilidad, etc.

En el presente artículo se pretende precisar el campo de aplicación de estas nociones, tanto en lo que respecta a sus rasgos comunes como a sus diferencias.

Una distinción importante se basa en la dirección de la derogación: una derogación positiva, que se añade a la protección o a la fuerza de la función internacional será normalmente (aunque no siempre) admitida mientras que, una derogación negativa, que merme la protección o debilite la función internacional, será habitualmente prohibida.

