



HAL
open science

La règle sans exception en droit international, entre indétermination des contours et stratégie de la sanction

Romain Pinchon

► To cite this version:

Romain Pinchon. La règle sans exception en droit international, entre indétermination des contours et stratégie de la sanction. Travaux & documents, 2012, C'est l'exception qui confirme la règle ?, 41, pp.25-43. hal-02185246

HAL Id: hal-02185246

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02185246>

Submitted on 17 Feb 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La règle sans exception en droit international, entre indétermination des contours et stratégie de la sanction

Romain PINCHON, DOCTORANT,
CRJ, UNIVERSITÉ DE LA RÉUNION

Cela fait maintenant soixante ans que le respect de la personne humaine en tant que telle est la raison, le déterminant axiologique autour duquel se forme et s'interprète une partie du droit international, notamment les droits internationaux des droits de l'homme (DIDH), le droit des conflits armés, aussi appelé droit international humanitaire (DIH)¹, et le droit des réfugiés. Ces trois branches ne peuvent être confondues, en ce qu'elles ne revêtent pas *a priori* le même champ d'application. Il a néanmoins été reconnu que les droits de l'homme faisaient figure de *lex generalis*, soit de loi générale, restant, en tout temps, latents, en l'absence de règles spécifiques, c'est-à-dire de *lex specialis*, s'appliquant alors, *a contrario*, dans quelques cas déterminés, comme le sont le DIH et le droit des réfugiés². D'autres solutions doctrinales et institutionnelles prônant quant à elles que l'application de ces différentes branches du droit se devait d'être complémentaire et simultanée³. Or, si l'opinion publique ne perçoit parfois que difficilement la quotidienneté du droit international, celui du trafic aérien, du commerce international, des accords fiscaux, des postes, etc., nul n'a paradoxalement besoin d'être spécialiste pour s'apercevoir de l'ampleur et de la gravité des atteintes aux droits de la personne humaine, là en Syrie, là en France, en Iran, au Darfour, etc. Est-ce à dire que ces règles de droit ne sont pas obligatoires ? Nous ne croyons pas que la violation de la règle puisse à elle seule marquer son absence. La structure du droit international est encore largement horizontale et décentralisée⁴. Chacun de ces sujets, et parmi eux le primordial

¹ Henri Coursier, « Définition du droit humanitaire », *AFDI*, vol. 1, 1955, p. 223-227, sp. p. 227.

² V. not. L'art. 6 du Pacte international sur les droits civils et politiques (PIDCP) de 1966, les avis de la Cour Internationale de Justice (C.I.J.), « *Légalité de la menace ou de l'emploi de l'arme nucléaire* », avis consultatif, Rec. 1996, § 25 et 105 ; « *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans les territoires palestiniens occupés* », avis consultatif, C.I.J., Rec. 2004, §106 et Heike Krieger, « A Conflict of Norms: the Relationship between Humanitarian Law and Human Rights Law in the ICRC Customary Law Study », *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 11, No. 2, 2006, p. 265 sq.

³ Par ex. la C.I.J., dans l'affaire dite des « *Activités armées sur le territoire du Congo et contre celui-ci* », RDC c. Ouganda, arrêt, C.I.J., Rec. 2005, §180 ainsi que Naz K. Modirzadeh, « The Dark Sides of Convergence: A Pro-civilian Critique of the Extraterritorial Application of Human Rights Law in Armed Conflict », in *U.S. Naval War College International Law Studies*, Volume 86, mai 2010, p. 354.

⁴ Jean Combacau, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 31 : « Le système juridique », 1986, p. 85-105 ; comp. Jean Salmon, « Quelle place pour l'État dans le droit international d'aujourd'hui ? », *RCADI*, Vol. 347, 2011, sp. p. 72-77.

acteur étatique, est à la fois producteur, interprète, sujet, et celui qui, le cas échéant, en sanctionne les violations. Or, l'empirisme conduit à noter l'affirmation progressive, aux côtés des règles communes de droit international, celles dont peuvent librement disposer les États, de l'existence d'obligations renforcées que les États doivent à « la communauté internationale dans son ensemble »¹. Ces règles, telles les normes ayant le caractère de *jus cogens* définies par la Convention de Vienne sur le Droit des Traités de 1969, seraient de celles qui protègent, selon les uns, un intérêt collectif fondamental, et selon d'autres, les valeurs communes et juridicisées de l'ensemble de la communauté des États – et *a fortiori* de leurs ressortissants². Quant au contenu de cette catégorie de normes qui ne souffriraient de dérogations, c'est-à-dire que les sujets de droit international ne peuvent écarter, pour y substituer une règle spécifique, et, entre eux, concertée³, les exemples les plus cités sont relatifs à la protection de la personne humaine⁴. Ces mêmes interdictions, puisque c'est de cela dont il s'agit, se sont vues, pour certaines, incriminées dès la fin de la seconde guerre mondiale, et ont été progressivement, avec la dynamique actuelle du droit pénal international, incorporées tant dans les actes constitutifs des juridictions pénales internationales, que dans les lois nationales des États. Ainsi, certaines règles semblent ne devoir connaître d'exceptions quant à leur applicabilité, ni de dérogations sous la forme d'un acte juridique, pas plus que de violations par un fait illicite. Ces normes sans exceptions, applicables à tous et en tout temps, veraient ainsi leurs effets s'étendre sur le terrain de la nullité comme de la responsabilité.

Le champ d'étude est particulièrement vaste, il ressort de la théorie générale du droit international, de ses sources et des règles, tant substantielles que procédurales des diverses branches du droit international. Aux fins de cette présentation, il nous faudra donc faire des choix. Nous nous concentrerons ainsi sur les normes renforcées de protection de la personne et les effets qu'elles emportent sur le plan normatif et jurisprudentiel, en nous interrogeant sur l'existence, en droit international, de normes sans exceptions qui sont consacrées formellement *de lege lata* ? Existe-t-il, en particulier, une sanction juridictionnelle effective à la transgression de ces règles, par définition intransgressibles ? Pour

¹ Art. 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969. Sur la notion de « communauté internationale », v. Pierre-Marie Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public », *RCADI*, Vol. 297, 2002, p. 245 *sq.* et Emmanuelle Jouannet, « La communauté internationale vue par les juristes », *AFRI*, vol. VI, 2005, p. 3-26.

² V. parmi une littérature abondante, Dominique Carreau, *Droit international*, Paris : Pédone, Coll. « Études Internationales », n°1, 10^e éd., 2009, p. 86 *sq.* et Jean D'Aspremont, « The Foundations of the International Legal Order », *Finnish Yearbook of International Law*, Vol. 18, 2007, p. 219-255.

³ Robert Kolb, « *Jus cogens*, intangibilité, intransgressibilité, dérogation "positive" et "négative" », *RGDIP*, 2005, n°2, p. 322.

⁴ Patrick Daillier *et al.*, *Droit international public*, L.G.D.J. – Lextenso Éditions, 8^e éd., 2009, p. 226-228.

répondre à cette dernière question, nous nous pencherons plus avant sur le droit des immunités et notamment des immunités de juridictions. Nous verrons que si l'on peut retracer, à travers l'étude du droit positif, un corps de règles minimales de protection de la personne humaine à respecter en toutes circonstances, la sanction des violations est encore loin d'être systématique, paralysés que sont les effets escomptés de ces normes par les règles fonctionnelles de la société internationale.

L'ÉMERGENCE D'UN CORPUS DE RÈGLES SUPÉRIEURES DE PROTECTION DE LA PERSONNE MUE PAR LE PRINCIPE D'HUMANITÉ

La coïncidence croissante entre les règles substantielles de protection de l'individu, à travers ce que l'on a appelé l'humanisation du droit des conflits armés¹, ainsi que l'expansion des DH et des institutions dédiées, laisse entrevoir cependant certaines « zones grises » où l'applicabilité de ces diverses branches de droit est discutée. Or, il est possible de discerner à travers le croisement des règles substantielles, quel que soit leur champ temporel et spatial d'application, une fécondation croisée de normes renforcées de droit international. Celles-ci, dont le caractère ne correspond que partiellement à la notion de règles impératives de droit international des traités, font l'objet d'incriminations dans certaines conventions et les différents statuts des juridictions pénales internationales. Quelques interdictions de droit international, mues par le vecteur coutumier, paraissent ainsi ne devoir souffrir d'exceptions, que celles-ci prennent la forme d'acte juridique ou de fait contraire, et ce, quelles que soient les circonstances.

L'émergence de règles bénéficiant d'une protection renforcée en droit international général à travers la fécondation croisée d'un corpus de normes impératives

L'humanisation convergente de branches distinctes du droit international

DIH et DH ne peuvent être conçus comme une branche unique de droit². Historiquement, l'un né des horreurs de la bataille de Solferino, en 1863, l'autre après la seconde guerre mondiale, avec notamment la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948³. Institutionnellement, ensuite, le DIH

¹ Theodor Meron, « The Humanization of Humanitarian Law », *ASIL*, Vol. 94, n°2, 2000, p. 239-278.

² Philip Alston et Bruno Simma, « The Sources of Human Rights Law: Custom, *Jus cogens* and General Principles », *Australian YJIL*, 1992, p. 82-108. Vincent Chetail, « The contribution of the International Court of Justice to International Humanitarian Law », *RICR*, juin 2003, sp. p. 238-242. Pour une vision d'ensemble du DIH : Antoine A. Bouvier, Anne Quintin, Marco Sassoli, *How Does Law Protect in War?*, Vol. I, CICR, 3^e éd., 2011.

³ Robert Kolb, « Aspects historiques de la relation entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme », *CAN. Y.B. INT'L L.*, vol. 37, n°57, 1999, p. 61-65 ; Jeremy Sarkin, « The

ayant en quelque sorte été accaparé par le Comité International de la Croix Rouge (CICR), alors que l'ONU s'occupait des DH, de manière pourrait-on dire « cloisonnée », le Haut Commissariat aux Réfugiés prenait lui en charge le droit des réfugiés. Le droit des conflits armés, ou droit de la guerre, correspond à un droit international classique, interétatique, basé sur la réciprocité et les éventuelles représailles correspondantes. Droit dans la guerre, dont le champ d'application concerne, après le déclenchement d'un conflit armé d'une certaine intensité, les parties aux conflits et les ressortissants sous leur pouvoir, le *jus ad bellum* est indifférent à la licéité et aux causes du conflit ; il permet, ou au moins tolère, l'atteinte à la vie et l'intégrité de personnes ne participant pas aux hostilités, telles que les victimes civiles de dommages collatéraux « licites ». Évocatrice de ce droit est par exemple la notion de « souffrances inutiles » ou non nécessaires. C'est une vision technique de la légalité, au service du principe d'humanité¹. Quant aux DH, ils protègent l'intégrité physique et la dignité humaine en toutes circonstances, en s'adressant aux relations entre l'État d'un côté et ses sujets de l'autre, ce qui exclut *de facto* l'exigence de réciprocité². Différence fondamentale, les DH sont basés sur l'idée que l'être humain est titulaire d'un droit à la paix, dont le versant négatif serait l'interdiction du recours à la force³. Selon de nombreux auteurs, et à la simple lecture des différents instruments de droit international, on peut observer un phénomène de fécondation croisée entre toutes ces normes de protection, au sein de chacune de ces branches et entre elles, « *que ce soit lors de leur apparition sur la scène internationale ou lors de leur interprétation par les organes internationaux de contrôle, correspondant, dans ce dernier cas, à un dialogue des juges* »⁴. Certains parlent ainsi, à juste titre, d'humanisation du droit des conflits armés, avec l'abaissement du seuil d'applicabilité, l'incorporation de catalogues de droits pour les personnes protégées, le dépassement de la réciprocité et l'interdiction des représailles, et le passage d'une perspective interétatique à une vision basée sur l'individu⁵.

Or, dans de nombreuses conventions relatives aux DH, le principe est que leurs dispositions sont susceptibles de dérogations. Tel est le cas, entre autres, de la Convention Américaine des Droits de l'Homme (C.A.D.H.) du

Historical Origins, Convergence and Interrelationship of International Human Rights Law, International Humanitarian Law, International Criminal Law and Public International Law and their Application from at least the Nineteenth Century », *Hofstra University School of Law Legal Studies Research Paper Series*, Research Paper No. 08-24, *Human Rights and International Legal Discourse*, Vol. 1, 2007, p. 17.

¹ William A. Schabas, « *Lex specialis* ? Belt and suspenders ? The parallel operation of human rights law and the law of armed conflict, and the conundrum of *jus ad bellum* », *Isr. L. Rev.* Vol. 40, No. 2, 2007, p. 592-613.

² René Provost, « Reciprocity in Human Rights and Humanitarian Law », *BYBIL*, 1995, p. 383-454.

³ Patrick Daillier *et alii*, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 726-730.

⁴ Sandrine Turgis, *Recherches sur l'interaction entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*, Thèse pour le Doctorat de l'Université Paris II, 2009, dir. Jean-François Flauss, p. 44.

⁵ Theodor Meron, « The Humanization of Humanitarian Law », *op. cit.*

22 novembre 1969, en son article 27 de la Convention européenne des droits de l'Homme de 1950 (Conv. EDH), en vertu de son art. 15, de l'art. 4 du Pacte International sur les Droits Civils et Politiques de 1966 (PIDCP), ou encore de la Charte arabe des droits de l'homme, selon les circonstances. Celles-ci sont qualifiées différemment d'une convention à l'autre : « *danger public exceptionnel menaçant l'existence de la nation* » dans les Pactes internationaux de l'ONU ; cas de « *guerre ou de danger public menaçant la vie de la nation* » dans la Conv. EDH. Ces mêmes instruments prévoient cependant que certaines règles ne puissent être suspendues quelles que soient les circonstances : on ne citera que l'art. 15 de la Conv. EDH et l'art. 4 du PIDCP, complété par l'Observation n°24 du Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies¹. Le nombre de droits intangibles figurant dans chaque liste est différent mais, cependant, il y a une convergence remarquable de ces trois conventions générales sur les droits qui ne peuvent être supprimés sous aucun prétexte, le noyau dur des droits de l'homme².

Taillées pour les situations de la plus extrême urgence, les règles internationales humanitaires ne souffrent, elles, d'aucune dérogation, par principe, mais avec quelques atténuations reconnues de manière générale en raison des impératifs militaires³. C'est avec ce droit qu'est né le concept de règles intangibles, notamment avec la Clause Martens⁴. L'on observera que la majeure partie des droits ainsi protégés sont communs aux instruments internationaux classiques de protection des droits de l'homme et au droit humanitaire qui les reprend dans l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève (CG) de 1949, ainsi que dans les deux protocoles additionnels de 1977⁵. On peut alors considérer, à l'instar de Sandrine Turgis, que :

¹ Observation générale n°24 sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des Protocoles facultatifs et relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, 11 novembre 1994.

² Pierre Lambert, « La protection des droits intangibles dans des situations de conflit armé », *Rev. trim. dr. b.*, n°2000/42, 2000, p. 243 ; Daniel Prémont, Christian Stenersen et Isabelle Oseredczuk (ed.), *Droits intangibles et États d'exception. Non-derogable Rights and states of Emergency*, Bruxelles : Bruylant, coll. « Organisation internationale et relations internationales », 1996.

³ Arts. 49(2), 64(1), 78(1) de la CG n°IV sur le traitement des prisonniers de guerre, auxquels s'ajoutent les dérogations spécifiques au regard des personnes particulières des arts. 5 et 45(3) du Protocole additionnel n°1 de 1977 aux Conventions de Genève.

⁴ Reprise par l'art. 1^{er} §2 du Protocole additionnel n°1 de 1977 : « *Dans les cas non prévus par le droit international, les personnes civiles et les combattants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis, des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique* ». Sur la Clause Martens, la littérature est des plus abondante : Antonio Cassese, « The Martens Clause: Half a loaf or Simply Pie in the Sky? », *EJIL*, vol. 11, n°1, 2000, p. 187-216 ; Vincent Chetail, « The contribution of the International Court of Justice to international humanitarian law », *RICR*, vol. 285, n°850, juin 2003, p. 257-259.

⁵ Cour IDH, Affaire 11.137, *Abella v. Argentina*, 1997, §§ 158-161 ; TPIY, *Delalic*, IT-96-21-T, jugement, 16 nov. 1998, §200 ; TPIY, *Furundžija*, IT-95-17/1-T, jugement, 10 déc. 1998, §183 ; TPIY, *Kasprskic*, jugement, 14 janv. 2000, IT-95-16-T, §530.

l'émergence de normes de DIG de protection pourrait être liée aux convergences précédemment identifiées entre les normes consacrées dans divers instruments internationaux de protection (...) conduisant à la consécration de normes coutumières ou de normes impératives dans le domaine du droit international de la personne¹.

En raison du principe de l'effet relatif des conventions, il paraît indispensable que ces règles soient portées par le vecteur coutumier, bénéficiant ainsi d'une opposabilité générale, auquel s'ajouterait leur caractère impératif. Elles devront ainsi satisfaire aux conditionnalités formelles du processus coutumier.

L'affirmation parallèle de la positivité du jus cogens

La non dérogation ne peut se confondre tout à fait avec l'impérativité de la règle, c'est du moins ce que défendent certains auteurs². La notion de règles impératives de droit international général « acceptées par la communauté internationale dans son ensemble » apparaît avec la Convention de Vienne sur le Droit des Traités de 1969 (CVDT), aux art. 53 et 64. Elles sont définies de façon tautologique, entraînant la nullité de tout traité et, par extension, de tout acte juridique contraire. En cela, les règles ayant caractère de *jus cogens*, opposables *a fortiori erga omnes*, sont insusceptibles de dérogations³. La notion de *jus cogens* correspond à l'idée d'ordre public, et la CVDT instaure ainsi une véritable hiérarchie entre les normes impératives et les autres. D'aucuns diront que cela ne les rend pas « plus inviolables que toute obligation quelconque »⁴. Notion de droit des traités, dont la positivité est affirmée tant par les conventions que par la jurisprudence, le *jus cogens* pose toutefois le problème de la détermination de son contenu, celui-ci n'ayant pas été précisé⁵. Cette indétermination, critiquée par une partie de la doctrine, a conduit au rejet par la France de la CVDT. Si l'on se penche sur le commentaire du projet d'art. 53 de cette convention par la

¹ Sandrine Turgis, *Recherches sur l'interaction entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*, *op. cit.*, p. 237.

² Theodor Meron, « On a Hierarchy of International Human Rights », *AJIL*, vol. 80, 1986, p. 16 ; Luigi Condorelli, « La Cour internationale de Justice sous le poids des armes nucléaires : *jura non novit uria* ? », *RICR*, n°823, 1997, p. 9-21.

³ Michel Virally, « Réflexions sur le *jus cogens* », *AFDI*, Vol. XII, 1966, p. 5-29 ; Antonio G. Robledo, « Le *jus cogens* international : sa genèse, sa nature, ses fonctions », *RCADI*, t. III, vol. 172, 1981, p. 9-217 ; Levan Alexidze, « Legal nature of *jus cogens* in contemporary international law », *RCADI*, T. III, vol. 172, 1981, p. 223-268 ; Robert Kolb, *Théorie du ius cogens international : essai de relecture du concept*, Publications de l'IUHEI de Genève, Paris : PUF, 2001 ; Mark E. Villiger, « The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties – 40 years after », *RCADI*, vol. 344, 2011, p. 135-141.

⁴ Frédéric Dopagne, *Les contre-mesures des organisations internationales*, Louvain-La-Neuve : Anthémis, « Bibliothèque de l'IHEI », 2010, p. 376.

⁵ Juan Carrillo-Salcedo, « Droit international et souveraineté des États. Cours général de droit international public », *RCADI*, t. 257, 1996, p. 136 *sq.* ; Patrick Daillier *et al.*, *op. cit.*, p. 227-229.

Commission du Droit International¹, on s'aperçoit que dans une très large mesure, les règles de *jus cogens*, notion largement motivée par des préoccupations morales et des valeurs propres à la communauté internationale, coïncident avec les garanties fondamentales de DIH et de DIDH. On parvient à la même conclusion avec le projet d'article de la CDI sur la responsabilité de 2001, et le commentaire de l'article 41 relatif à la violation de normes impératives de droit international général, citant notamment la « *mise hors la loi (...) du génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'apartheid, l'esclavage et la discrimination raciale* »². De même avec le célèbre *obiter dictum* de la C.I.J. dans l'affaire « *Barcelona Traction* »³. La C.I.J. a évoqué les principes fondamentaux du droit international humanitaire, notamment l'art. 3 commun aux Conventions de Genève, comme de « *considérations élémentaires d'humanité* »⁴ ou de « *principes intransgressibles de droit coutumier* »⁵. La jurisprudence internationale a consacré au titre de règles de *jus cogens* l'interdiction de la torture et des traitements cruels inhumains et dégradants, comme la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, la Cour Européenne des Droits de l'Homme ou le Tribunal Pénal International pour l'Ex-Yougoslavie⁶, du génocide comme le TPIY, le Tribunal Pénal International pour le Rwanda et la C.I.J.⁷, le droit à l'autodétermination des peuples à l'instar du tribunal arbitral dans l'affaire Guinée Bissau c/ Sénégal de 1989 ; la Cour de San José a consacré l'interdiction des disparitions forcées⁸ et des viols collectifs comme le TPIY, la Cour Spéciale pour la Sierra Leone donne un tel caractère à l'esclavage sexuel⁹, et la Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme au droit à la vie¹⁰. Outre la coïncidence de règles substantielles de DIDH et de DIH avec les normes de *jus*

¹ CDI, Projet d'article sur le droit des traités et commentaires, *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, 1966, p. 269-271 et 284-285.

² CDI, Projet d'article sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires relatifs, *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, 2001, p. 298-314.

³ Affaire « *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgium v. Spain)* », arrêt, C.I.J., Rec. 1970, §33.

⁴ Affaire du « *Détroit de Corfou* », arrêt, C.I.J., Rec. 1949, p. 22 ; v. également TPIR, C.I., *Akayesu*, jugement, 2/9/1998, §606 ; TPIY, *Blaskic*, jugement, 3 mars 2000, IT-95-14, §166.

⁵ Affaire de la « *Licéité de la menace ou de l'emploi de l'arme nucléaire* », avis consultatif, C.I.J., Rec. 1996, §79.

⁶ Cour IDH, *Maritzá Urrutia*, arrêt, 27 nov. 2003, §§89-92 ; Cour IDH, *Bruno Alves c/ Argentine*, arrêt, 11 mai 2007, §76 ; Cour EDH, Grande Chambre, *Al Adani c. Royaume Uni*, 21 nov. 2001, req. n°35763/97, §§60-61 ; Cour EDH, *Demir et Baykara c. Turquie*, 12 nov. 2008, req. n°34503/97, §73 ; TPIY, *Furundžija*, §137.

⁷ Affaire des « *Activités armées sur le territoire du Congo et contre celui-ci* » (RDC c. Rwanda), exceptions préliminaires, C.I.J., Rec. 2006, §64 ; TPIR, ICTR-95-1-T, *Kayibwema et Ruzindana*, jugement, 21/5/1999, §88 ; ICTR-99-46, *Rutaganda*, jugement, 25 fev. 2004, § 46 et ICTR-96-13-T, *Musema*, jugement, 27 janv. 2000, §15.

⁸ Cour IDH, *Goiburú y otros c/ Paraguay*, 22 sept. 2006, §84.

⁹ CSSL, affaire « *Armed Forces Revolutionary Council* » (*Brima, Kamara et Kanu*), Chambre de première instance, 20 juin 2007, n°705.

¹⁰ Com IDH, rap. 47/96, Aff. 11.436, « *Victims of the Tugboat '13 de marco' c. Cuba* », 1996.

cogens, on peut en outre noter que l'art. 6 commun¹, introduit dans le DIH une analogie au *jus cogens*, qui est centrale dans le DIDH. Deux décennies avant la CVDT, les Conventions de Genève prohibent en effet les engagements spéciaux venant restreindre les droits des personnes protégées. Les incriminations contenues dans les Statuts des différentes juridictions pénales, et qui reprennent largement les obligations de DIH et celles relatives aux droits de l'homme, vont confirmer l'émergence d'un *corpus* restreint de règles renforcées de protection de la personne.

L'incrimination des violations de normes impératives comme pierre d'achoppement d'un *corpus* de règles renforcées de protection de la personne humaine

Des règles intangibles applicables a minima

Malgré l'humanisation du DIH, la convergence grandissante entre ces normes et celles des DH, l'abaissement de son seuil d'applicabilité, et l'expansion des deux systèmes, d'importantes failles persistent². Certaines obligations relatives aux droits de l'Homme peuvent être dérogées, en cas d'urgence. Dans de nombreuses situations de conflits armés, ce sont parfois des entités non gouvernementales qui exercent le contrôle sur la population et souvent ces entités nient être liées par les standards internationaux. Dans les situations en deçà de l'art. 3 commun, les violences peuvent ainsi conduire à la proclamation d'un état de siège ou d'urgence (on ne citera que l'exemple de la France, lors des émeutes de 2005³) qui entraîne la suspension de protections essentielles. Pour le Pr. Meron, seuls 4 domaines posent problèmes, où l'applicabilité du DIH et du DIDH est nulle ou contestée : 1) lorsque le seuil de déclenchement du DIH n'est pas atteint ou disputé ; 2) lorsque l'État en cause n'est pas partie aux instruments pertinents ; 3) lorsque les dérogations du standard spécifié sont invoquées, et 4) lorsque l'acteur n'est pas gouvernemental⁴.

Or, une règle renforcée devrait pouvoir s'appliquer à toute situation, comme d'un minimum à respecter. Cela a conduit à la déclaration de Turku sur les standards fondamentaux d'humanité⁵ et autres initiatives de même nature¹.

¹ Art. 6/6/6/7 des quatre C.G. de 1949.

² Theodor Meron, « The Humanization of International Humanitarian Law », *op. cit.*, p. 273.

³ Avec les décrets n°2005-1386 et 2005-1387 du 8 nov. 2005 mettant en œuvre la loi n°55-385 du 3 avril 1955.

⁴ Theodor Meron, « On the Inadequate Reach of Humanitarian and Human Rights Law and the Need for a New Instrument », *AJIL*, vol. 77, 1983, p. 581 et 589 ; « Projet de Déclaration type sur les troubles et tensions internes », *RICR*, vol. 70, n°769, 1988, p. 62-80 ; Theodor Meron et Allan Rosas, « A Declaration of Minimum Humanitarian Standards », *AJIL*, vol. 88, 1991, p. 375-381 ; David Petrasek, « Moving Forward on the Development of Minimum Humanitarian Standards », *AJIL*, Vol. 92, No. 3, 1998, p. 557-563.

⁵ « Déclaration de Turku sur les normes humanitaires minimales », E/CN.4/Sub.2/1991/55, révisée en 1994, doc E/CN.4/1995/116.

Ces standards ont été tirés de la conjonction des garanties fondamentales de DIH et de la liste des droits non dérogeables des DH². Les règles fondamentales d'humanité sont examinées bi-annuellement par la Com. NUDH³, et depuis son instauration, le Conseil⁴ recueille la pratique et les opinions étatiques. Elle réaffirme un *corpus* non dérogeable de règles humanitaires et de DH, devant être respecté de tous, même dans les « zones grises ». Y figurent des règles relatives au processus judiciaire ou procès équitable, des limitations de l'usage excessif de la force et des moyens de combat, la prohibition de la déportation, les règlements relatifs à la détention administrative ou préventive et au traitement humain, les garanties d'une assistance humanitaire. Cependant, il apparaît que, depuis 1995, la question piétine devant les instances des Nations Unies, sans pour autant donner lieu à un instrument juridiquement obligatoire⁵.

Des violations incriminées

Pour autant, on retrouve un tel *corpus* de règles dans les incriminations de droit pénal international contenues dans les conventions et les Statuts des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*⁶, comme des juridictions pénales internationalisées⁷ et, en particulier, dans le Statut de la Cour Pénale Internationale¹, qui

-
- ¹ V. par ex., les Rés. 1998/29, sur les « Règles humanitaires minimales », et 1999/65, relatives aux « Règles fondamentales d'humanité », adoptées par la Commission des droits de l'homme des Nations Unies (Com. NUDH). V. également la Rés. 60/147 de l'Assemblée Générale des Nations Unies, du 15 décembre 2005, dont l'annexe contient les « Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire ».
 - ² Cecilia Thompson et Jean-Daniel Vigny, « Standards fondamentaux d'humanité : quel avenir ? », *RICR*, vol. 82, n°840, 2000, p. 917-939 ; v. Rapport du secrétaire général de l'ONU préparé par le Haut Commissariat pour les droits de l'homme pour le Conseil des Droits de l'Homme, « Règles d'humanité fondamentales », doc. A/HRC/8/14 du 28 mai 2008, p. 4 ; pour un commentaire : Linda Pisciotta, « ONU. Rapport du Secrétaire général des Nations Unies : "Règles d'humanité fondamentales", 3 juin 2008 », *Chronique des faits internationaux* (dir. Louis Balmond), Paris : RGDIP, tome 112, n°2, 2008, p. 896-900.
 - ³ Rés. 1999/65 ; Rés. 2000/69, 2002/112, 2004/118 de la Com. NUDH sur les « Règles fondamentales d'humanité » ; v. par ex. les rapports analytiques du secrétaire général de l'ONU préparés par le Haut Commissariat pour les droits de l'homme : Doc. E/CN.4/1998/87 et Add. E/CN.4/1999/92, E/CN.4/2000/94, E/CN.4/2002/103, et E/CN.4/2006/87.
 - ⁴ Décision 2/102 du 6 octobre 2006 ; rapport du secrétaire général des Nations Unies A/HRC/8/14.
 - ⁵ Emily Crawford, « Road to Nowhere? The Future for a Declaration on Fundamental Standards of Humanity », *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, Forthcoming ; Sydney Law School Research Paper No. 12/02, January 18, 2012. disponible sur SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1987842>, (dernière consultation le 14/05/2012).
 - ⁶ Adoptés par le Conseil de Sécurité des Nations Unies avec les Rés. 827 du 25 mai 1993 portant Statut du Tribunal Pénal International pour l'Ex-Yougoslavie et Rés. 955 du 8 mai 1994 portant Statut du Tribunal Pénal International pour le Rwanda.
 - ⁷ Hervé Ascensio, Elisabeth Lambert-Abdelgawad, Jean-Marc Sorel (dir.), *Les juridictions pénales internationalisées*, Paris : Société de législation comparée, collection « Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris (Université de Paris 1/CNRS UMR 8103) », vol. 11, 2006 ; Fady Fadel et

se veut codifier les règles coutumières. La tendance qui considère que les violations massives et systématiques des droits de l'homme directement contre les civils peuvent être qualifiées de crimes contre l'humanité, a culminé avec le Statut de la CPI. Le seul facteur permettant de conclure aux crimes contre l'humanité plutôt qu'à de sérieuses violations des DH sous le Statut de Rome, est leur caractère systématique et planifié, et sans aucun doute, les infractions comprises au titre de l'art. 3 commun des Conventions de Genève ainsi que du crime contre l'humanité, sont impossibles à distinguer des violations majeures des DH². Finalement la codification du principe selon lequel les crimes contre l'humanité peuvent être commis dans n'importe quelle situation, sans égard au seuil d'applicabilité du DIH, et qu'ils peuvent être perpétrés non seulement en lien avec une politique d'État, mais également en prolongement de la politique d'une entité non étatique³, est une réalisation des tendances, précédant l'existence d'un *corpus* de règles indérogeables, applicables à tous et en toutes circonstances. À cet ensemble s'ajoutent les règles essentielles de protection de la personne, tel le droit au procès équitable, qu'incorpore le Statut au titre du déroulement des procédures⁴.

De ces incriminations, en ce qu'elles correspondent à des règles impératives, on peut déterminer un ensemble de règles qui ne supportent *de jure* ni acte juridique ni fait contraire, qui doivent être respectées par tous, y compris en situation d'urgence. Reste que du point de vue de l'application de ces règles, se dressent de nombreux obstacles, notamment processuels, lesquels, même s'ils se voient progressivement assortir d'exceptions, semblent propres à paralyser les effets des règles renforcées de protection de la personne.

LA SANCTION JURIDICTIONNELLE DES VIOLATIONS DES RÈGLES RENFORCÉES, ENTRE PARALYSIE ET RESPONSABILITÉ

Si la doctrine, la jurisprudence et les États proclament l'existence de règles de droit international qui ne puissent, que ce soit au nom d'un intérêt collectif ou mutuel, d'un ordre public, ou de valeurs fondamentales⁵, être méconnues ou dérogeées, il semble bien que la structure actuelle de la société internationale, et les règles du jeu du droit international, s'opposent aux effets que d'aucuns auraient logiquement déduits, d'autres légitimement souhaités, comme

Cynthia Eid (dir.), *Nouvel acteur, ancien sujet. Le Liban au Conseil de Sécurité*, Bruxelles : Bruylant, 2010.

¹ Statut de Rome, doc. A/CONF.183/9, adopté le 17 juil. 1998 et entré en vigueur le 1^{er} juil. 2002.

² Theodor Meron, « The Humanization... », *op. cit.*, p. 265.

³ Art. 7 du Statut de Rome, « Crime contre l'humanité ».

⁴ V. en particulier l'art. 67 du Statut de Rome, « Droits de l'accusé ».

⁵ Jean D'Aspremont, « The Foundations of the International Legal Order », *Finnish Yearbook of International Law*, *op. cit.*, note 6.

se rapportant aux règles renforcées¹. C'est du moins ce qu'il ressort de décisions récentes de la C.I.J., mettant en cause le droit des immunités de juridiction, qu'elles soient individuelles² ou étatiques³. Ces immunités subordonnent largement l'accès au juge. Toutefois, quelques brèches se font jour, et la répression des violations de règles renforcées, quoiqu'encore exceptionnelles, progressent néanmoins.

Entre paralysie et négation des effets attachés à la norme impérative de droit international général

Les obstacles à la production par les normes impératives de leurs effets sont d'abord le fait de la jurisprudence, attachée à la souveraineté des États⁴. Les actes accomplis par l'État et ses organes en violation du droit international n'en restent pas moins couverts par le droit des immunités.

Les bornes prétoriennes aux effets des règles dites impératives de droit international général

Les crimes internationaux entraînent-ils, par eux-mêmes, compétence d'une juridiction pour en juger les violations, en l'absence de convention spécifique ? La réponse semble être négative. En effet, la justice internationale interétatique, la C.I.J., refuse de mettre sur le même plan la règle primaire, substantielle dont on allègue la violation, et les règles processuelles⁵, notamment le principe du consentement à la juridiction, qui découle directement de la souveraineté des États. Ce fut le cas pour les obligations *erga omnes*, dans l'affaire du Timor Oriental⁶, comme pour les normes de *jus cogens*⁷. L'art. 66 de la CVDI qui constitue un cas exceptionnel de juridiction obligatoire pour connaître des normes de *jus cogens* est grevé par les réserves étatiques, et la C.I.J. ne lui reconnaît nature coutumière⁸. Certains auteurs essaient de promouvoir une

¹ Opinion dissidente du juge Cançado-Trindade, « *Immunités juridictionnelles de l'État* » (Allemagne c. Italie), arrêt du 12 fév. 2012, C.I.J., §§ 119-121 et 129 ; Opinion individuelle du Juge Gaja, *Immunités juridictionnelles de l'État*, §10.

² Affaire relative au « *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* » (RDC c. Belgique), arrêt du 14 fév. 2002, C.I.J., Rec. 2002. V. Antonio Cassese, « Peut-on poursuivre des hauts dirigeants des États pour des crimes internationaux ? À propos de l'affaire Congo c/ Belgique (C.I.J.) », RSC n°3, 2002, p. 479 et s. ; Élisabeth Lambert-Abdelgawad, « La logique de la raison d'État prime encore la logique de répression des crimes internationaux », *JCP G*, n°48, 27 nov. 2002, p. 2128-2132.

³ Affaire relative aux « *Immunités juridictionnelles de l'État* » (Allemagne c. Italie), arrêt du 12 fév. 2012, C.I.J.

⁴ V. par ex. Mita Manouvel, *Les opinions séparées à la Cour internationale : un instrument de contrôle du droit international prétorien par les États*, Paris : L'Harmattan, coll. « Logiques Juridiques », 2005, p. 170 et s.

⁵ « *Immunités juridictionnelles de l'État* », arrêt, §§ 91 et 93.

⁶ Affaire du « *Timor oriental* » (Portugal c. Australie), arrêt 30 juin 1995, C.I.J. Rec. 1995, §29.

⁷ *Activités armées sur le territoire du Congo*, exceptions préliminaires, §64.

⁸ *Id.* §125.

compétence universelle à l'égard des crimes internationaux les plus graves¹. Or, il apparaît que certaines des règles renforcées ne donnent lieu conventionnellement à compétence universelle qui ne se confond pas non plus avec le caractère de *jus cogens*². De même, l'on peut voir dans la pratique étatique, à l'instar des articles 689 et s. du code français de procédure pénale, que l'exercice de cette compétence n'est pas exempt de conditions³. Certaines juridictions, comme le TPIY dans l'affaire « *Furundžija* »⁴ et la Cour IDH dans « *Goiburú* »⁵ avaient en revanche semblé établir un lien entre le caractère de *jus cogens* de la norme violée et l'établissement de la compétence juridictionnelle comme corollaire de cette norme.

En outre, les effets de la hiérarchie normative introduite par la notion de *jus cogens* n'ont à ce jour quasiment été observés. À ceux qui plaident pour la suprématie de la règle impérative de droit international général, comme celle de génocide, sur les coutumes relatives aux droits des immunités étatiques, la C.I.J. répond que cette suprématie ne saurait jouer quant aux règles de compétences juridictionnelles⁶. Il en va de même pour la Cour EDH, en matière de responsabilité civile dans l'affaire *Al Adsani*, qui refuse de prononcer la nullité de la règle de l'immunité de juridiction de l'État étranger, alors même qu'elle reconnaît la valeur de *jus cogens* de l'interdiction de la torture, telle qu'alléguée par le requérant devant les juridictions britanniques⁷. Dans l'affaire opposant l'Allemagne à l'Italie, la C.I.J. s'est expliquée :

Ces deux catégories de règles se rapportent en effet à des questions différentes. Celles qui régissent l'immunité de l'État sont de nature procédurale et se bornent à déterminer si les tribunaux d'un État sont fondés à exercer leur juridiction à l'égard d'un autre. Elles sont sans incidence sur

¹ V. Institut de Droit International, *Compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre* (rap. Christian Tomuschat), Session de Cracovie, 2005.

² Isabelle Moulier, « La relation existant entre les normes fondamentales relevant du *jus cogens* et la compétence pénale universelle : essai de clarification ». *Questions sur les normes juridiques*. Deuxième journée annuelle des Chercheurs du Centre de Recherche sur les Droits Fondamentaux et les Evolutions du Droit (CRDFED), 7 fév. 2009, Université de Caen (V. la synthèse de la contribution sur le site du CRDFED : www.unicaen.fr/recherche/mrsh/files/jusCogensCU.pdf)

³ IDI, *Compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, op. cit.* ; V. concernant le Statut de Rome, l'art. 689-11 du Code de Procédure Pénale.

⁴ §156.

⁵ §131. V. le commentaire du Pr. Hélène Tigroudja, « La Cour interaméricaine des droits de l'homme au service de "l'humanisation du droit international public". Propos autour des récents arrêts et avis », *AFDI*, vol. 52, 2006, p. 617-640.

⁶ « *Immunités juridictionnelles de l'État* », arrêt, §97 ; v. également à propos de la responsabilité individuelle : « *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* », arrêt, §58 et §78.

⁷ *Al-Adsani*, v. note 31, §61.

la question de savoir si le comportement à l'égard duquel les actions ont été engagées était licite ou illicite¹.

Ainsi, les immunités revêtent un caractère préliminaire à l'examen du litige au fond. La Cour continue, en dissociant, de manière que d'aucuns jugeront artificielle², la question des immunités et celle de la responsabilité pour faits internationalement illicites :

L'obligation de réparation est une règle qui existe indépendamment des règles régissant les moyens par lesquels il doit lui être donné effet. Or, le droit de l'immunité de l'État ne concerne que les secondes. Une décision tendant à reconnaître l'immunité à un État n'entre donc pas davantage en conflit avec l'obligation de réparation qu'avec la règle interdisant le fait illicite commis à l'origine³.

De la violation des obligations internationales par l'État agissant de jure imperii sous le couvert de l'immunité

Quant à l'immunité des États, cette règle est depuis longtemps considérée comme ayant valeur coutumière, s'appliquant même en l'absence de conventions spéciales⁴. Dans sa décision relative aux « *Immunités juridictionnelles de l'État* », la C.I.J. devait répondre à la question de savoir si l'immunité est applicable aux actes commis par les forces armées d'un État dans le cadre d'un conflit armé et constitutifs de crime international (ce qui était reconnu par les deux parties). L'Italie soutenait l'inopposabilité d'une telle règle en l'espèce, notamment parce qu'indépendamment du lieu où se sont produits les actes en question, l'Allemagne ne saurait en bénéficier, ceux-ci étant constitutifs des violations les plus graves de règles de droit international à caractère impératif. La Cour, comme nous l'avons expliqué *supra*, conclut qu'aucune règle coutumière n'exclut l'immunité dans le cadre des procédures civiles en réparation de violations graves de droit international. Les juridictions françaises également avaient reconnu l'immunité due à l'Allemagne à plusieurs reprises⁵. En 2002, la Cour EDH n'en faisait pas autrement, avec l'affaire *Kalogeropoulou et autres c. Grèce et Allemagne*⁶, comme dans l'affaire *Al Adsani* où elle reconnaît l'immunité de juridiction civile à l'État koweïtien accusé de torture⁷. La Cour internationale a

¹ « *Immunités juridictionnelles de l'État* », arrêt, §93. V. aussi, dans la même décision, le §57.

² V. Opinion dissidente du Juge Yusuf, « *Immunités juridictionnelles de l'État* », arrêt, sp. §17 ; Opinion dissidente du Juge Cançado-Trindade, *id.*, §89 et « *Immunités juridictionnelles de l'État* », Ordonnance du 6 juil. 2010, C.I.J., §177-§179.

³ *Id.*, §94.

⁴ C.D.I., Rapport à l'Assemblée générale sur les travaux de sa trente-deuxième session, *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, deuxième partie, 1980, p. 144, §26 cité par la C.I.J., « *Immunités juridictionnelles de l'État* », arrêt, §56.

⁵ Cass. Crim., *pourvoi n°04-47504*, 3 janvier 2006, *Grosz*.

⁶ Cour EDH, requête n°59021/00, arrêt du 12 décembre 2002.

⁷ « *Al Adsani* », §215.

cependant souligné, en février 2012, qu'elle ne se prononçait que sur l'immunité de juridiction de l'État lui-même devant les tribunaux d'un autre État ; la question de savoir si, et, le cas échéant, dans quelle mesure l'immunité peut s'appliquer dans le cadre de procédures pénales engagées contre un représentant de l'État, n'est pas posée en l'espèce. Quant à une éventuelle responsabilité pénale de l'État pour crimes de droit international, le projet a été abandonné par la CDI en 1996, devant la réticence des États¹.

Le droit international reconnaît aux hauts responsables de l'État différents types d'immunités devant les juridictions étrangères, immunités que leur accorde souvent le droit national de l'État dont ils sont ressortissants, comme en France pour l'Exécutif et le Législatif². On distingue les immunités à raison de la personne, qui bénéficient à un certain nombre d'officiels comme les chefs d'État, les ministres des affaires étrangères, ministres de l'intérieur ou de la défense, et les immunités fonctionnelles³. La raison d'être en est que les personnes agissent alors pour le compte de leur État⁴. Quant aux immunités personnelles, en 2000, la C.I.J., dans une décision hautement débattue, a affirmé, quoique sans mentionner expressément la notion de *jus cogens*, que le fait qu'un ministre des affaires étrangères était accusé de crimes contraires à des règles ayant, selon l'avis général, valeur de *jus cogens*, n'interdisait pas à la République démocratique du Congo de demander, comme l'y autorisait le droit international coutumier, à ce que l'intéressé bénéficie de l'immunité⁵. Cela peut sembler contraire d'une part, aux exigences d'accès à la justice et de recours effectif qui doivent profiter, selon divers instruments de droit international, aux victimes de violations graves et sérieuses du droit de la protection humaine et, d'autre part, au droit à la réparation des victimes⁶. Certaines exceptions ont tout de même été apportées à ces règles procédurales, afin de rendre effective la répression de ces atteintes.

¹ Comp. Vincenzo Starace, « La responsabilité résultant de la violation des obligations à l'égard de la communauté internationale », *RCADI*, Vol. 153, 1976, p. 289-308 et Ahmed Mahiou, « Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité », *RCADI*, Vol. 337, 2008, p. 415-422.

² V. les art. 49, 50, 53-2, 67 et 68 de la Constitution française du 4 octobre 1958.

³ Antonio Cassese, *The Oxford Companion of International Criminal Justice*, Oxford : Oxford University Press, 2009, p. 368-369.

⁴ Affaire « *Blaskic* » *prec.* Note 29, §38.

⁵ V. sur la question, Joe Verhoeven, « Les immunités des organes des sujets du droit international », in Joe Verhoeven (dir.), *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation ?*, Bruxelles-Paris : Larcier-LGDJ, 2004, sp. p. 109-129 et l'analyse de la jurisprudence de la Cour EDH, p. 133-140.

⁶ Par ex. l'Art. 3 de la Convention n°IV de La Haye de 1907 ; l'Art. 91 du Protocole additionnel I aux CG de 1949 ; Assemblée générale des Nations Unies, Rés. 60/147 du 16 déc. 2005, *prec.* ; Art. 38 du 2nd Protocole de 1999 à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé ; V. généralement Jean Salmon, « commentaire », *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Session de Naples, vol. 73, 2009, Paris : Pédone, p. 21-27 ; Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Vol. II – Practice Part. I & II*, Cambridge : Cambridge University Press, ch. 42, 2005, p. 3507-3610.

La répression exceptionnelle des atteintes aux normes renforcées

La percée des exceptions aux immunités de juridiction des États et individus est bien réelle, bien que la structure actuelle de la société internationale soit un frein à une pleine effectivité des normes renforcées de protection de la personne.

Des brèches portées aux immunités au nom de la protection d'une communauté d'individus

La première brèche en matière civile a été portée aux immunités étatiques, avec une distinction entre acte *de jure imperii* et *de jure gestionis*. Pour la Cour EDH, « l'immunité absolue des États a subi depuis de nombreuses années une érosion certaine »¹. Quant à la Cour de cassation française, comme d'autres juridictions internes, elle a estimé qu'il existait une restriction à l'immunité lorsqu'une plainte concernait les réparations d'une obligation de *jus cogens*, et que cette violation consistait en un acte positif de l'État étranger².

En matière pénale surtout, selon certaines opinions doctrinales, notamment celle du Pr. Cassese³, appuyées par différents instruments de droit international, il est généralement reconnu que l'immunité fonctionnelle ne peut jouer en cas de violations de règles renforcées de protection de la personne humaine, au sens où nous l'entendons. La Convention de 1948 pour l'élimination et la répression du crime de génocide, la Convention de 1973 contre l'apartheid, les Statuts des juridictions internationales, comme les Tribunaux Militaires de Nuremberg et de Tokyo, les Tribunaux Pénal *ad hoc* pour l'Ex-Yougoslavie et le Rwanda, et finalement le Statut de la CPI⁴, excluent les immunités fonctionnelles des responsables étatiques. Ainsi, il paraît ne pas exister en matière pénale d'immunité *ratione materiae* de valeur coutumière en cas de violations des règles renforcées de protection de la personne, devant les juridictions pénales internationales. La jurisprudence nationale ou mixte rejoint progressivement cette tendance, avec notamment l'affaire Pinochet⁵, ou la récente condamnation de « Duch » par la Chambre de la Cour suprême du Cambodge⁶. Seuls paraissent continuer à bénéficier temporairement des immunités coutumières, les officiels bénéficiant d'une immunité *ratione personae*⁷.

¹ Cr EDH, G.C. 23 mars 2010, *Cudak c. Lituanie*, Req. n°15869/02, §53.

² Cass, Civ., 9 Mars 2011, *GIE La Réunion Aérienne c. La Jamabirija Arabe Libyenne*, n°09-14743.

³ Antonio Cassese, « When May Senior State Officials be Tried for International Crimes? Some Comments on the *Congo v. Belgium* Case », *EJIL*, 12, 2002, p. 853-875.

⁴ Art. IV Convention de la Convention « Génocide » ; Charte de Nuremberg art. 7, Statut du TPIY, art. 7(2) ; Statut du TPIR, art. 6(2) Statut de Rome, art. 27§2 : « les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne... ».

⁵ *R. v. Bow Street Stipendiary Magistrate and others, Ex parte Pinochet* (n°3), 24 mars 1999.

⁶ Chambres Extraordinaires au sein des Tribunaux Cambodgiens, Chambre de la Cour suprême, *Kaing Guek alias Duch*, Appel Judgment, 3 fév. 2012, n°001/18-07-2007-ECCC/SC.

⁷ V. par ex, Antonio Cassese, *International Criminal Law*, Oxford : Oxford University Press, 2^e éd., 2008, p. 309-310 ; Cass. Crim., 13 mars 2001, Kadhafi, pourvoi n°Z.00.87-215 arrêt n°1414,

En cette matière, la pratique étatique semble opposée aux poursuites contre des officiels en exercice devant les juridictions nationales. Les immunités personnelles ont même été étendues aux ministres de la défense et de l'intérieur, ou du commerce¹. Les seules dérogations à ce principe se font en vertu d'accords spéciaux portant compétence de juridictions internationales ou de tribunaux internationalisés, comme le Statut de la CPI pour les ressortissants des États qui y sont parties, et les situations pour lesquelles le Conseil de Sécurité des Nations Unies lui demande d'enquêter. Mais, quand bien même cela ne se fait pas toujours aisément, en témoigne la position de l'Union Africaine à propos du Président Soudanais Omar Al Bechir² et des poursuites engagées après le conflit interne au Kenya³, ces développements juridiques auront conduit aux arrestations des présidents Milosevic en vue de comparaître devant le TPIY⁴, et Charles Taylor devant la CSSL⁵.

Entre rigidité structurelle de la société internationale et réticences à concrétiser les prétentions humanitaires

Il est possible de discerner en droit international un *corpus* de règles de protection de la personne humaine qui doivent être respectées en tout temps et tout lieu, qui soient, en un mot, non susceptibles de dérogations, quand bien même ces règles ne sauraient être absolues⁶. D'abord, il convient de souligner que ces règles renforcées, qui ont une utilité dans les « zones grises » d'applicabilité du droit, comme dans un souci d'information de ses sujets, ne correspondent qu'à une protection minimale⁷. Et il ne faut pas perdre de vue que doivent s'appliquer, en fonction d'une situation donnée, l'ensemble des règles du droit humanitaire, du droit des réfugiés ou des droits de l'homme⁸. Ensuite,

RGDIP n°2/2001, p. 473 et s., note Poirat et voy. Jean-François Roulot, « La coutume du droit international pénal et l'affaire Kadhafi », Dalloz, 2001, Paris : Dalloz, 2001, p. 2631 et s.

¹ Dapo Akande et Sangeeta Shah, « Immunities of State Officials. International Crimes and Foreign Domestic Courts », *EJIL* 21 (4), 2010, p. 815-852. À titre d'exemple, Donald Rumsfeld s'est vu reconnaître l'immunité par la Cour d'appel de Stuttgart, par une décision du 13 sept. 2005, ainsi que par le Parquet près de la Cour d'appel de Paris en 2007, tout comme Bo Xilai, ministre chinois du commerce, par une cour britannique et le Général Mofaz par un « District Judge », en 2004.

² V. CPI, Ch. Prél. I, « *Le Procureur c. Omar Al Bashir* », n°ICC 02/05 01/09, 12 juillet 2010, 2^e mandat d'arrêt, et réaction de l'UA, Sommet des 29-30 janv. 2012.

³ C.P.I., ICC-01/09-01/11, « *Le Procureur c. William Samoei Ruto et Joshua Arap Sang* », et ICC-01/09-02/11, « *Le Procureur c. Francis Kirimi MUTAURA et Uburu Mutgai Kenyatta* ».

⁴ TPIY, affaire « *Slobodan Milosevic : Kosovo, Croatie et Bosnie* » n°IT-02-54.

⁵ V. notamment, CSSL, « *Charles Taylor* », Chambre d'appel, décision sur l'immunité de juridiction, 31 mai 2004, CSSL-2003-OI-I.

⁶ Gilbert Guillaume, « La Justice internationale à l'aube du XXI^e siècle », *PIE*, Perspectives n°1, mis en ligne le 21 juillet 2005, URL : <http://revel.unice.fr/pie/index.html?id=33> : « *le droit ne résout pas tous les désordres et tous les déséquilibres. Il ne peut prétendre saisir l'ensemble du réel* ».

⁷ Hans-Joachim Heintze, « On the relationship between human rights law protection and international humanitarian law », *RICR*, vol. 86, n°856, 2004, p. 791.

⁸ Naz K. Modirzadeh, « The Dark Sides of Convergence: A Pro-civilian Critique of the Extraterritorial Application of Human Rights Law in Armed Conflict », *op. cit.*, p. 376-378.

quant à l'effectivité de ces règles, tant en termes de nullité que d'engagement de la responsabilité des auteurs de violations, un subtil équilibre doit être déterminé entre le besoin de préserver la stabilité des relations internationales, avec des règles fonctionnelles fondamentales, telles que les immunités diplomatiques, et la sanction des comportements et actes juridiques qui portent atteinte à la dignité humaine¹. Encore que, les sanctions des violations ne résident pas obligatoirement dans la juridictionnalisation des différends, il apparaît que cette répression reste exceptionnelle et l'impunité encore large, même en recul. Ce n'est pas dans le formalisme du droit que résident les obstacles les plus patents à un caractère véritablement intangible de ces règles : celles-ci correspondent davantage à un croisement des intérêts étatiques, nécessairement contingents, qu'à l'affirmation de valeurs fondamentales universellement partagées. Leur respect est à mettre en lien avec leur utilité sociale². On regrettera que si les progrès normatifs ont été nombreux, le respect des règles est en déclin. Comme le dit le Pr. Meron, « *The normative progress in humanization brings into sharp relief the contrast between the normative framework and the harsh, often barbaric reality of the battlefield* »³. Gardons à l'esprit qu'aujourd'hui, les violations des règles renforcées de protection de la personne paraissent ne souffrir juridiquement ni de la prescriptibilité, ni de l'amnistie⁴ ; demain leurs auteurs pourraient être poursuivis, en fonction de l'évolution du jeu politique interne et des rapports de puissances à l'international.

BIBLIOGRAPHIE

(*Seules les références les plus importantes figurent ici, les autres étant citées en notes de bas de pages*)

Ouvrages et thèses

- ASCENSIO, Hervé, LAMBERT-ABDELGAWAD, Elisabeth, SOREL, Jean-Marc (dir.), *Les juridictions pénales internationalisées*, Paris : Société de législation comparée, collection « Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris (Université de Paris I/CNRS UMR 8103) », vol. 11, 2006.
- CARREAU, Dominique, *Droit international*, Paris : Pédone, Coll. « Etudes Internationales », 10^e éd., n°1, 2009.
- CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford : Oxford University Press, 2nde éd., 2008.
- CASSESE, Antonio, *The Oxford Companion of International Criminal Justice*, Oxford : Oxford University Press, 2009.

¹ V. pour un vibrant argumentaire *contra* : Opinion dissidente du juge Cançado-Trindade, « *Immunités juridictionnelles de l'État* », §295.

² Jean D'Aspremont, « The Foundations of the International Legal Order », *op. cit.*, p. 225.

³ Theodor Meron, « The Humanization of International Humanitarian Law », *op. cit.*, p. 276.

⁴ V. les règles n°159 « Amnistie » et n°160 « Prescription », in Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*. Vol. 1 : *Règles*, Bruxelles : Bruylant, 2006, p. 811-820, et Statut de Rome, art. 29.

- DOPAGNE, Frédéric, *Les contre-mesures des organisations internationales*, Louvain-La-Neuve : Anthémis, « Bibliothèque de l'IIHEI », 2010.
- HENCKAERTS, Jean-Marie et DOSWALD-BECK, Louise, *Droit international humanitaire coutumier*. Vol. 1 : *Règles*, Bruxelles : Bruylant, 2006.
- HENCKAERTS, Jean-Marie et DOSWALD-BECK, Louise, *Customary International Humanitarian Law*, Vol. II : *Practice Part. I & II*, Cambridge : Cambridge University Press, 2005.
- KOLB, Robert, *Théorie du jus cogens international : essai de relecture du concept*, Paris : PUF, « Publications de l'IIHEI de Genève », 2001.
- PRÉMONT, Daniel, STENERSEN, Christian et OSEREDCZUK, Isabelle (ed.), *Droits intangibles et États d'exception. Non-derogable rights and states of emergency*, coll. « Organisation internationale et relations internationales », Bruxelles : Bruylant, 1996.
- TURGIS, Sandrine, *Recherches sur l'interaction entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*, Thèse pour le Doctorat de l'Université Paris II, 2009, dir. Jean-François FLAUS.
- VERHOEVEN, Joe (dir.), *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation ?*, Bruxelles-Paris : Larcier-LGDJ, 2004.

Articles, revues et périodiques

- AKANDE, Dapo et SHAH, Sangeeta, « Immunities of State Officials. International Crimes and Foreign Domestic Courts », *EJIL*, 21 (4), 2010, p. 815-852.
- ALSTON, Philip et SIMMA, Bruno, « The Sources of Human Rights Law: Custom, *Jus cogens* and General Principles », *Australian YBIL*, 1992, p. 82-108.
- CARRILLO-SALCEDO, Juan, « Droit international et souveraineté des États. Cours général de droit international public », *RCADI*, Vol. 257, 1996, p. 35-221.
- CASSESE, Antonio, « Peut-on poursuivre des hauts dirigeants des États pour des crimes internationaux ? À propos de l'affaire Congo c/ Belgique (C.I.J.) », *RSC* n°3, 2002, p. 479-500.
- CHETAIL, Vincent, « The contribution of the International Court of Justice to international humanitarian law », *RIICR*, vol. 285, n°850, juin 2003, p. 257-259.
- D'ASPROMONT, Jean, « The Foundations of the International Legal Order », *Finnish Yearbook of International Law*, Vol. 18, 2007, p. 219-255.
- DUPUY, Pierre-Marie, « L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public », *RCADI*, Vol. 297, 2002, p. 9-490.
- HEINTZE, Hans-Joachim, « On the relationship between human rights law protection and international humanitarian law », *RIICR*, vol. 86, n°856, 2004, p. 789-814.
- Institut de Droit International, « Compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre » (Rap. TOMUSCHAT), *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Session de Cracovie 2005, vol. 71-II, Paris : Pédone, 2006.
- Institut de Droit International, « Les droits fondamentaux de la personne face aux immunités de juridiction du droit international » (Rap. FOX), *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Session de Naples 2009, vol. 73, Paris : Pédone, 2010.
- KOLB, Robert, « Aspects historiques de la relation entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme », *Annuaire canadien de droit international*, vol. 37, 1999, p. 57-97.
- KOLB, Robert, « *Jus cogens*, intangibilité, intransgressibilité, dérogation "positive" et "négative" », *RGDIP*, n°2, 2005, p. 305-330.

- KRIEGER, Heike, « A Conflict of Norms: the Relationship between Humanitarian Law and Human Rights Law in the ICRC Customary Law Study », *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 11, No. 2, 2006, p. 265-291.
- LAMBERT, Pierre, « La protection des droits intangibles dans des situations de conflit armé », *Rev. trim. dr. b.*, n°2000/42, 2000, p. 242-259.
- LAMBERT-ABDELGAWAD, Élisabeth, « La logique de la raison d'État prime encore la logique de répression des crimes internationaux », *JCP G*, n°48, 27 nov. 2002, p. 2128-2132.
- MAHIOU, Ahmed, « Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité », *RCADI*, Vol. 337, 2008, p. 9-516.
- MERON, Theodor, « On the Inadequate Reach of Humanitarian and Human Rights Law and the Need for a New Instrument », *AJIL*, vol. 77, 1983, p. 581-589.
- MERON, Theodor, « On a Hierarchy of International Human Rights », *AJIL*, vol. 80, 1986, p. 1-23.
- MERON, Theodor, « Projet de Déclaration type sur les troubles et tensions internes », *RICR*, vol. 70, n°769, 1988, p. 62-80.
- MERON, Theodor, « The Humanization of Humanitarian Law », *ASIL*, Vol. 94, n°2, 2000, p. 239-278.
- MERON, Theodor et ROSAS, Allan, « A Declaration of Minimum Humanitarian Standards », *AJIL*, vol. 88, 1991, p. 375-381.
- MODIRZADEH, Naz K., « The Dark Sides of Convergence: A Pro-civilian Critique of the Extraterritorial Application of Human Rights Law in Armed Conflict », *U.S. Naval War College International Law Studies*, Vol. 86, mai 2010, p. 349-410.
- MOULIER, Isabelle, « La relation existant entre les normes fondamentales relevant du *jus cogens* et la compétence pénale universelle : essai de clarification ». *Questions sur les normes juridiques*. Deuxième journée annuelle des Chercheurs du Centre de Recherche sur les Droits Fondamentaux et les Evolutions du Droit (CRDFED), 7 fév. 2009, Université de Caen. (V. la synthèse de la contribution sur le site du CRDFED : www.unicaen.fr/recherche/mrsh/files/jusCogensCU.pdf, dernière consultation le 14/05/2012).
- OLSON, Laura M. et SASSOLI, Marco, « The relationship between international humanitarian and human rights law where it matters : admissible killing and internment of fighters in non-international armed conflicts », *RICR*, vol. 90, n°871, sept. 2008, p. 599-627.
- PETRASEK, David, « Moving Forward on the Development of Minimum Humanitarian Standards », *AJIL*, Vol. 92, No. 3, 1998, p. 557-563.
- ROBLEDO, Antonio G., « Le *jus cogens* international : sa genèse, sa nature, ses fonctions », *RCADI*, t. III, vol. 172, 1981, p. 9-217.
- SCHABAS, William A., « *Lex specialis*? Belt and suspenders? The parallel operation of human rights law and the law of armed conflict, and the conundrum of *jus ad bellum* », *Isr. L. Rev.* Vol. 40, No.2, 2007, p. 592-613.
- THOMPSON, Cecilia et VIGNY Jean-Daniel, « Standards fondamentaux d'humanité : quel avenir ? », *RICR*, vol. 82, n°840, 2000, p. 917-939.
- TIGROUDJA, Hélène, « La Cour interaméricaine des droits de l'homme au service de "l'humanisation du droit international public". Propos autour des récents arrêts et avis », *AFDI*, vol. 52, 2006, p. 617-640.
- VILLIGER, Mark E., « The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties – 40 years after », *RCADI*, vol. 344, 2011, p. 135-141.