

CHAPITRE XIX

Conclusions

ALAIN PELLET

Le temps passant, et l'âge aidant, je suis, de plus en plus souvent, préposé aux conclusions de colloques. Je me laisse volontiers faire: l'exercice est intéressant et stimulant; il oblige à écouter et à essayer de "penser" (ou de "faire comme si..."), en tout cas de s'approprier quelques pensées que d'autres ont eues et d'essayer d'en tirer quelques idées générales. Ce que je vais dire le quart d'heure qui m'est imparti n'a pas plus d'ambition que cela – et, malgré les allusions "perfides" de mon ami Christian Tomuschat, je n'ai rien préparé à l'avance: cette synthèse imparfaite est, conformément à ce que je crois être la loi du genre entièrement improvisée et spontanée¹.

Première idée générale: elle concerne non pas le fond de notre rencontre, mais sa forme ou, plutôt, son principe même. À son échelle – modeste, malgré la munificence de l'accueil qui nous est réservé – il traduit le passage de la société westphalienne au monde global transfrontière. Les membres de deux sociétés nationales pour le droit international se rencontrent dans un esprit de grande convivialité. Nous sommes séparés plus par la langue que par les idées – et encore, cette barrière linguistique n'est-elle guère un handicap que pour les Français, car je suis très impressionné par la connaissance qu'ont nos amis allemands de la langue d'Hauriou et de Duguit. Et je salue tout spécialement la performance de Georg Nolte qui a eu la courageuse élégante de présenter son rapport en français.

Mais, si l'on y réfléchit, ces rencontres biennales sont extraordinaires. On pouvait penser que trois guerres entre l'Allemagne et la France auraient laissé dans les inconscients collectifs des Allemands et des Français des traumatismes profonds empêchant non pas, certes, les rencontres mais, au moins, les convergences fortes d'idées, de sentiments et de pensée. Or, pas du tout, il y a, d'évidence, une véritable communauté d'approches et de

¹ Conformément aux recommandations des co-directeurs des Actes de cette rencontre, les présentes conclusions se bornent à reproduire le texte des Conclusions orales.

manières de voir. Le rapprochement est tel que je me suis parfois demandé qui étaient les “Français”, et qui les “Allemands” – car il m’a semblé que l’approche allemande, que l’on attend théorique, doctrinale, “prussienne” pour lâcher le mot, était souvent plus pragmatique et empirique que le discours français.

À notre niveau et dans notre domaine, nous témoignons d’une vision plus “communautaire” (ou “communautariste”) du droit international que ne l’eussent fait nos maîtres, qu’ils s’appellent Triepel, Jellinek, Basdevant ou même Georges Scelle, malgré ses aspirations à un monde “intersocial”. Mais, bien que je m’en sente un lointain et modeste héritier, je crois que ce dernier était trop visionnaire pour un juriste et que ses aspirations à un monde plus solidaire l’avaient conduit à enterrer un peu vite la notion de souveraineté, qui ne constitue sans doute plus l’unique référant du droit international, mais qui, sans aucun doute, “conserve de beaux restes” et demeure, nos débats le montrent, un puissant facteur explicatif de quantités de phénomènes juridiques internationaux.

On peut d’ailleurs s’étonner que la “souveraineté des États”, qui constitue l’un des deux termes du sujet que les organisateurs de notre rencontre ont choisis, ait, en apparence au moins, si peu retenu l’attention des participants. En apparence car, si l’on gratte un peu, la souveraineté est demeurée très présente dans nos débats.

Comme il est naturel, les orateurs ont plutôt porté leur attention sur l’autre aspect du sujet, plus “moderne”, plus “interpellateur” plus “sexy” comme l’on dit: “Les règles fondamentales de l’ordre juridique international”, en particulier le *jus cogens* et les obligations *erga omnes* – sans d’ailleurs que l’on sache très bien s’il s’agit d’un seul et même concept ou de deux choses différentes – même si pour ma part, contrairement à Christian Tomuschat, je pense qu’il s’agit de deux notions distinctes: le caractère *cogens* d’une norme concerne la qualité du contenu même de celle-ci; l’expression *erga omnes* attire plutôt l’attention sur ses destinataires. Moyennant quoi, force est de reconnaître que la C.I.J. assimile et confond les deux notions depuis l’arrêt de la *Barcelona Traction* et jusqu’au récent avis sur le *Mur* israélien – mais ce n’est peut-être que l’effet de la vigilance sourcilleuse (ou faudrait-il parler de terrorisme intellectuel?) des Juges français, en général fort influents, qui ont imposé à leurs collègues un tabou sur le mot, même s’il leur a fallu – aussi peu que cela leur a été possible..., céder sur la chose.

Soit dit en passant, contrairement à ce qui a été dit, le combat d'arrière-garde de la France, la "guéguerre" qu'elle a trop longtemps livrée à la notion de normes impératives est terminée; et si, par exemple, vous lisez attentivement les interventions du Conseiller juridique du Quai d'Orsay à la Sixième Commission de l'Assemblée générale depuis quatre ou cinq ans, vous constaterez que l'expression *jus cogens* ne lui brûle plus la langue.

Jus cogens en abrégé, cela fait "J.C.": il y a "l'avant J.C." et "l'après J.C."... Et il me semble que, dans cette salle, nous sommes tous entrés dans l'ère de "l'après J.C.", même si nous embrassons la nouvelle religion avec plus ou moins d'enthousiasme ou de conviction.

Presque tous, nous croyons qu'il existe parce que nous l'avons rencontré. Parce que nous nous refusons à admettre qu'un génocide ou la violation anodine d'un traité de commerce sont de même nature. Le *jus cogens* existe, parce que cela est logique et nécessaire; parce qu'il constitue l'indispensable rempart contre le froid cynisme positiviste, mais aussi parce que, comme celle de l'Être suprême, son existence se manifeste par ses œuvres. Personne aujourd'hui ne peut sérieusement prétendre qu'un traité organisant un génocide ou une agression n'est pas entaché de nullité. Aucun esprit raisonnable ne peut affirmer que toutes les violations du droit international produisent les mêmes effets.

Ceci dit, si nous croyons tous que le *jus cogens* existe, il nous pose à tous des problèmes et c'est dans la façon dont nous les résolvons que se manifestent nos différences, parfois nos divergences profondes.

Et d'abord avec sa définition même.

Je partage l'avis de ceux qui considèrent que la définition de l'article 53 est acceptable et est sans doute la moins mauvaise possible. En tout cas, elle a pignon sur rue et il est sans doute prudent de s'en accommoder. Et pourtant, on peut se demander si même cette définition de base ne commence pas déjà à se fissurer. On ne l'a pas beaucoup relevé et c'est pourtant important: l'article 53 de la Convention de Vienne mentionne "la communauté internationale *des États* dans son ensemble", le projet de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite" parle, lui, de communauté internationale "tout court". Il y a là plus qu'une nuance.

Il est vrai que le projet de 2001 n'en tire guère de conséquences. Mais si le mouvement se poursuit; si l'idée que la "communauté internationale" est composée d'autres chose que des États, il faudra que nous réfléchissions sérieusement aux implications de cette réalité nouvelle sur notre définition

et du *jus cogens* et de la notion même de souveraineté et, sans doute, que nous revoyions tout le droit international à la lumière de cette donnée nouvelle. Peut-être le moment arrive-t-il de donner sa revanche à Georges Scelle justement.

Bien d'autres choses nous embarrassent – et d'abord, bien sûr, l'identification des règles fondamentales car il nous faut trouver des critères pour nous garer de deux écueils, également graves: le "tout *jus cogens*" – qui conduit à étendre exagérément le domaine des normes fondamentales au mépris, à vrai dire, d'un réalisme élémentaire – ou le scepticisme paralysant.

On a, à juste titre à mon avis, mis en évidence le rôle essentiel du Juge dans la découverte, l'"invention" au vrai sens du mot, des normes impératives. Ce n'est paradoxal qu'en apparence: j'ai la conviction que, malgré la très grande rareté de ses interventions, ou peut-être grâce à elle, le Juge est, en l'absence de législateur international, non pas un législateur de substitution, mais le meilleur "adaptateur" du droit international aux nécessités changeantes de la vie internationale.

Mais ceci ne suffit pas: dans la société internationale, l'intervention du Juge est aléatoire – sans que l'on doive, pour autant, l'accuser de "frilosité": ce n'est pas lui qui est "frileux", mais les États qui le saisissent si peu... Alors, à quels mécanismes faire appel? à la voie coutumière? mais, comme on l'a dit, la pratique est, c'est heureux, liée au *jus cogens* de manière inversement proportionnelle à l'importance de ses règles.

L'interdiction de l'usage non défensif (étant entendu que la définition de ce qui est ou non défensif n'est pas évidente) des armes nucléaires relève sans aucun doute du *jus cogens*. Mais comment le sais-je? Heureusement pas grâce à une pratique, sauf négative; mais justement les règles impératives sont, en général, négatives, elles obligent à ne pas faire bien davantage qu'à faire. Et, chacun le sait, la preuve d'un acte négatif, d'une omission, ou d'une règle prohibitive est la plus difficile qui soit. *Probatio diabolica*. La preuve de l'existence du *jus cogens* est diabolique. Et pourtant il est... Pourquoi? parce que je le sais, parce que nous le savons, parce que les États le savent et, parfois, le proclament.

Il faut s'y résigner: l'identification du *jus cogens* est de l'ordre du discours, ou, pour faire plus savant, de l'*opinio juris*. Après tout, ce n'est pas la seule notion qui s'en accommode en droit international. La coutume relève, finalement, de la même problématique. Vive l'article 53.

Encore un mot sur un autre problème lié à la définition et à l'identification de notre notion: le changement de son contenu. On a dit à juste titre que, si changement il devait y avoir, ce ne pourrait être que par addition: une fois *cogens*, une norme le demeurerait et ne perdrait pas son statut. *En principe*, ceci est vrai – et, en tout cas souhaitable: la montée en puissance des normes impératives, quantitativement et qualitativement, traduit la lente marche de la société humaine vers une intégration plus poussée fondée sur des valeurs communes.

Mais on ne peut exclure que ceci reflète une vision trop optimiste des choses: un nouvel Hitler pourrait réhabiliter le génocide; et l'on ne peut complètement exclure l'hypothèse impertinente, avancée hier, selon laquelle la victoire durable des idées véhiculées *et mises en œuvre* par les États-Unis de George W. Bush finisse par réhabiliter le recours à la force contrairement à la Charte des Nations Unies. Le droit n'est pas fait pour les enfants de chœur; il est le résultat de rapports de force; et si le plus fort manque durablement à ses responsabilités, le droit, même impératif, ne peut en sortir indemne.

Passons maintenant, brièvement, de la définition et de l'identification aux effets. Il y a trop à dire – donc seulement quelques flashes, en *staccato*... En relevant ici encore, que la pratique est rare: comme l'a écrit Ian Brownlie, le *jus cogens* est un véhicule qui sort rarement du garage; c'est une notion dissuasive – au sens où l'on parle de dissuasion nucléaire: les normes impératives sont suffisamment ressenties comme telles qu'elles dissuadent leurs destinataires de passer outre.

La *non-reconnaissance* des effets d'une violation d'abord.

Je suis d'accord avec ce que l'on a dit: elle va plus loin que ce que l'expression indique *prima facie*. Comme l'a dit la Cour internationale de Justice avec force dans son avis de 1971 sur la *Namibie*, l'obligation de ne pas reconnaître une situation créée par la violation d'une règle de *jus cogens* implique que l'on (aucun État, aucune entité quelle que soit) n'ait de relations (de *dealings* dit la Cour) avec une entité créée en violation d'une norme impérative.

En revanche, je pense que le problème est mal posé si on le pose en termes d'États tiers. Alors que l'État tiers ne peut jamais reconnaître une situation résultant d'un fait internationalement illicite, la victime le peut *sauf* si le fait est un "crime" international ou la "violation grave d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général". C'est en cela que réside la différence. C'est ce que dit l'article 41 du projet de la C.D.I.

sur la responsabilité des États qui est, soit dit en passant, moins anodin qu'on ne l'a dit.

Plus généralement, je ne suis d'ailleurs pas du tout d'accord avec l'idée selon laquelle il y aurait eu un "coup de théâtre" au sein de la Commission en 2001 et que, par suite, le principe d'une différenciation entre deux catégories différentes de manquements au droit international, soumis à des régimes juridiques distincts ait été abandonnée. Il y a eu, bien plutôt, un tour de passe-passe, purement terminologique: le mot "crime" a certes été écarté (et, à la réflexion, je crois que c'est plutôt une bonne chose); mais la C.D.I. a substitué au mot sa définition et le régime qui y était attaché dans le projet de 1996 a été maintenu et défini de manière sans doute plus intelligible, grâce à la combinaison des articles 40, 41 et 48 du projet – et peut-être par l'article 54, lui, tout en ambiguïté. Et je ne partage pas non plus sur ce point les regrets qui ont été exprimés sur l'abandon de l'idée d'État indirectement lésé, et encore moins, sur la mise à l'écart, au contraire fort bien venue, de l'idée de "préjudice juridique", qui n'est d'aucune espèce d'utilité – ni théorique, ni pratique.

L'arrêt *El Adsani*... Je pense sincèrement qu'il eût été catastrophique, en tout cas intellectuellement, que la minorité triomphe. Il est bon qu'il y ait des règles de *jus cogens*; mais ce n'est pas une "notion à tout faire". Contrairement à ce qui a été dit, elle introduit, à l'évidence, une hiérarchie des normes – des normes, pas des sources – en droit international; mais elle ne saurait, pour autant, fonder la compétence d'une juridiction, quelle qu'elle soit. Et ce n'est pas parce que, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la C.I.J. a admis que la violation d'une norme *erga omnes* (ou *cogens*?) justifie un intérêt pour agir généralisé (ce qui relève de la recevabilité), une sorte d'*actio popularis*, que ses règles de compétence s'en sont trouvées modifiées.

Revenons un instant au projet de la C.D.I. sur la responsabilité des États. Autant je vois globalement d'un bon œil ce qu'il dit, autant je regrette ce qu'il ne dit pas et, d'abord, qu'il ne tire pas de la notion de "violation grave" l'idée de transparence de l'État.

Comme les Juges Higgins, Koojmans et Buergenthal dont on a mentionné ce matin l'opinion individuelle commune dans l'affaire *Yerodia*, je n'ai guère de doute sur le fait que les gouvernants perdent leurs immunités en cas de violation grave – mais il me semble qu'il faut savoir pourquoi et à quelle(s) condition(s). La condition, nécessaire et suffisante, me semble être

justement qu'une violation grave ait été commise par l'État en cause; seule elle est susceptible de (ou devrait) lever le voile étatique – et ce, même en l'absence de texte.

On retrouve aussi cette idée de transparence en ce qui concerne la compétence universelle – que l'on a, à mon avis, abondamment confondu ce matin avec la compétence *internationale*. Je suis on ne peut plus d'accord avec l'idée selon laquelle le *jus cogens* ne justifie pas, en lui-même, l'exercice de la compétence universelle car il n'équivaut pas à une qualification juridique d'infraction pénale. Il n'en reste pas moins qu'il en facilite l'exercice en ce sens que la violation grave d'une obligation en découlant paralyse l'immunité de juridiction des personnes physiques qui sont, concrètement, à l'origine de la violation de son obligation par l'État et qui, en conséquence, peut être appréhendée et jugée – n'en déplaise à la Cour internationale de Justice dont l'arrêt rendu dans l'affaire *Yerodia* n'est, malheureusement, guère compatible avec cette présentation. La C.I.J. rend, parfois, de mauvais arrêts; celui-ci en est un.

Me démarquant sur ce point de l'approche excessivement empirique de Christian Tomuschat, je regrette aussi très fermement que l'article 54 du projet de la C.D.I. ne soit pas plus fermement rédigé. Je n'ai, pour ma part, aucun doute sur le fait que les mesures de réaction à l'illicite par des États non lésés sont possibles à deux conditions: que l'on soit en présence d'une violation grave et que ces mesures en riposte ne soient pas, elles-mêmes contraires à une norme impérative (en clair: qu'elles ne se traduisent pas par un recours à la force armée en dehors des cas prévus par la Charte). Dans la société internationale contemporaine, qui reste fortement décentralisée, on ne peut espérer qu'une réaction collective à un génocide ou à d'autres crimes massifs ou à une agression soit assurée; et il est sans doute plus sage d'étendre, dans ces limites, la "justice privée", qui est la marque de fabrique de la mise en œuvre du droit international, et qui, en outre, renvoie au devoir de protection auquel il a été fait allusion ce matin.

Le problème avec le "devoir de protection", expression certainement préférable à "devoir" ou, pire, "droit d'ingérence", est qu'il risque de favoriser les interventions "à la Zorro", comme cela a sûrement été le cas au Kosovo (action dont on a souvent dit qu'elle a été illicite mais légitime) ou en Iraq (alors même que l'agression de la "Coalition" n'y a été ni licite, ni légitime). Mais il faut bien voir que, aux dires de leurs promoteurs, ces deux

actions visaient à la même chose: à faire respecter des règles impératives du droit international général. Sous cette forme, on ne saurait l'admettre.

Une dernière remarque sur ce point. On nous a dit que les résolutions 1244 (qui tire les conséquences de l'action de l'OTAN au Kosovo) et 1546 (qui réintroduit les Nations Unies dans le jeu en Iraq) ne légitimaient ni ne "légalisaient" ces actions. Je suis prêt à admettre qu'elles ne le font pas *ex tunc*. Mais même si ce n'est qu'*ex nunc* (et, à mon avis, c'est forcément le cas), peut-on admettre que le Conseil de sécurité tire les conséquences d'une agression? Si oui, c'est limiter considérablement la portée du principe de non-reconnaissance. À moins qu'il n'y ait une autre explication – aussi fâcheuse qu'elle soit – et qui est la suivante: dans ces deux cas, le Conseil a estimé que l'on n'était pas en présence de violations graves et, en tout cas, d'agressions.

On peut admettre que le Conseil de sécurité se trompe, lui aussi, et je n'ai pas le moindre doute sur le fait qu'il se trompe en effet lourdement, en tout cas, s'agissant de l'Iraq. Mais on peut admettre ceci une fois, deux fois, peut-être une demi-douzaine de fois. Mais, si cela se reproduit souvent, le droit – et les juristes qui n'en sont que les interprètes – devront s'incliner et tirer les conséquences de ces faits, trop têtus pour pouvoir être ignorés. Alors, la remarque impertinente – mais, finalement, très pertinente, que j'évoquais tout à l'heure au sujet de la réhabilitation du recours à la force par l'Administration Bush, prendra tout son sens et la souveraineté, en tout cas la souveraineté de ceux qui peuvent, aura pris sa revanche. Ce n'est pas le scénario que j'appelle de mes vœux. Au risque de terminer sur une note un peu sombre, ce n'est pas cependant le plus improbable.