

Andreas Fischer-Lescano | Hans-Peter Gasser
Thilo Marauhn | Natalino Ronzitti (Hrsg.)

Frieden in Freiheit
Peace in liberty
Paix en liberté

Festschrift
für Michael Bothe
zum 70. Geburtstag



Nomos



Summit the delegates from virtually all nations gave an overwhelming vote of confidence to the general prohibition on force. Force in self defense continues to be conditioned on the requirement of an armed attack or Security Council authorization.⁵⁴

As for Israel's apparent attack on Syria in September 2007, the world's muted response must owe something to lack of information. It is hard to protest when little is known. Nor can a single apparently unlawful attack change the words of a solemn treaty, the UN Charter. Nevertheless, it is important for international lawyers, statesmen and all supporters of the rule of law to protest unlawful uses of force, to support the Charter and its binding norms against war and as Michael Bothe did in 2003 and throughout his long and distinguished career.

III. Conclusion

International law scholars throughout the world continue to defend the law of peace. Through efforts of individuals like Michael Bothe, we can say in the first decade of the 21st century that international law prohibits the use of force except against an armed attack or with Security Council authorization. The work is far from finished. In the decades ahead we need to move beyond preserving the law to persuading national leaders to respect it fully. Leaders need to believe that using force is only acceptable in the most exigent circumstances. Just as force for the conquest of other nation-states was once tolerated but no longer, we must move away from accepting force as an instrument of national policy, certainly not as a means of arms control.

Le recours à la force, le droit et la légitimité Notes sur les problèmes posés par le principe de l'interdiction du recours à la force armée en cas de carence du Conseil de sécurité

Alain Pellet

« L'Europe devrait-elle donc favoriser une interprétation plus 'libérale' des notions comme la légitime défense ou l'intervention humanitaire telle qu'elle est préconisée par l'administration américaine ? Si l'on veut être intellectuellement honnête, les Européens doivent poser cette question de façon ouverte... »¹.

Il serait présomptueux de prétendre répondre en quelques pages à cette question, que posait naguère le professeur Bothe lors d'un colloque consacré à la sécurité collective. On peut du moins esquisser quelques idées qui pourraient constituer autant d'éléments de réponse à une question à laquelle il faut sans doute se garder de donner une réponse catégorique dans un sens ou dans l'autre.

Comme le faisait remarquer le dédicataire de ces lignes dans la même intervention, après la fin de la guerre froide, « [I]es tendances vers un système unipolaire ont cependant entraîné ce qu'on peut appeler un processus de désacralisation, à savoir une attitude politique (...) qui à nouveau considère le recours à la force militaire comme un instrument acceptable de la politique »². L'admettre ce serait revenir plus de cent ans en arrière³, lorsque le droit de se faire la guerre était un attribut inhérent à la souveraineté de l'État, un instrument « normal » de la politique étrangère, un moyen comme un autre de régler les différends entre États. Mais, il ne faut pas se le dissimuler, le refuser c'est aussi se priver de moyens efficaces de mettre fin à des catastrophes humanitaires ou d'empêcher que se réalisent des menaces apocalyptiques pour l'avenir même de l'humanité. Ce dilemme terrible ne peut sans doute pas trouver une solution dans le droit positif qui, dans son état actuel, penche certainement pour un maintien strict du principe de l'interdiction du recours à la force – interprété raisonnablement. Toutefois, on ne peut exclure qu'à terme, des assouplissements y soient apportés par la consolidation et l'encadrement juridique d'une

1 Michael Bothe, « Sécurité collective et équilibre de l'ordre international : de la bipolarité à la multipolarité ? » in S.F.D.I., journée franco-tunisienne, *Les métamorphoses de la sécurité collective – Droit, pratique et enjeux stratégiques*, Pedone, Paris, 2005, pp. 267-268.

2 *Ibid.*, p. 268.

3 La première limitation (modeste) du droit d'utiliser la force armée dans les relations internationales remonte à la Convention II de La Haye de 1907 (Drago-Porter) aux termes de laquelle « [I]es Puissances contractantes sont convenues de ne pas avoir recours à la force armée pour le recouvrement des dettes contractuelles réclamées au gouvernement d'un pays par le gouvernement d'un autre pays comme dues à ses nationaux » (article 1er).

54 2005 World Summit Outcome, UN GAOR, 60th Sess., at 22-23, U.N. Doc. A/60/L.1 (Sept. 15, 2005).

pratique, pour l'instant trop anarchique et contestable pour pouvoir être considérée comme étant le droit.

I. Le dilemme

La paix contre le droit ?

Malgré les allégations de certains thuriféraires de la politique hégémonique des États-Unis⁴, il est sans aucun doute tout à fait prématuré d'envoyer les faire-part de décès de l'article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies⁵. Nonobstant les mystères de la formulation contournée de cette disposition⁶, le recours à la menace ou à l'emploi de la force dans les relations internationales contrairement à la Charte des Nations Unies demeure interdit et il y a là l'un des principes fondateurs non seulement du droit international de ce temps, mais bien de la société internationale contemporaine – si important qu'il « constitue en soi un exemple frappant d'une règle de droit international qui relève du *jus cogens* »⁷.

4 V. Michael Reisman, « Coercion and Self-Fetters : Construing Charter Article 2 (4) », *A.J.I.L.*, vol. 78, 1984, pp. 642-652 ; « Kosovo's Antinomies », *A.J.I.L.*, 1999, pp. 860-862 ; « The Fog of War: Self-Defense, Inherence, and Incoherence in Article 51 of the United Nations Charter », *Harvard J. of L. & Public Policy* 2002, pp. 539-558 ; « Assessing Claims to Revise the Laws of War », *A.J.I.L.*, 2003, pp. 82-90 ; ou Michael Glennon, « Why the Security Council Failed », *Foreign Affairs* 2003, pp. 16-35 ; « The Rise and Fall of the UN Charter's Use of Force Rules », *Hastings Internl. and Comp. L. Rev.* 2003-2004, pp. 497-510 ; « How International Rules Die », *Georgetown Law J.* 2005, pp. 939-991 ou « Force and the Settlement of Political Disputes » in Académie de droit international, Yves Daudet dir., Colloque, *Actualité de la Conférence de La Haye de 1907*, 6-7 septembre 2007, à paraître (*R.C.A.D.I. – colloques*) ; *contra* : A. Pellet, *ibid.* V. les analyses de Marcelo G. Kohen, « The Use of Force by the United States After the End of the Cold War, and Its Impact on International Law » in M. Byers and G. Nolte eds., *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, Cambridge U.P., 2003, pp. 197-231, et Brad R. Roth, « Bending the Law, Breaking It, or Developing It? The United States and the Humanitarian Use of Force in the Post-Cold War Era », *ibid.*, pp. 232-263.

5 Cf. Louis Henkin, « The Reports of the Death of Article 2(4) Are Greatly Exaggerated », *A.J.I.L.* 1971, pp. 544-548, en réponse à l'article « de guerre froide », très pessimiste, de Thomas M. Franck, « Who Killed Article 2(4) », *A.J.I.L.* 1970, pp. 809-837.

6 V. le commentaire de l'article 2, par. 4, par Nico Schrijver in J.P. Cot, A. Pellet et M. Forteau dirs., *La Charte des Nations Unies – Commentaire article par article*, Economica, Paris, 2005, pp. 437-466 ; et par Albrecht Randelzhofer in B. Simma ed., *The Charter of the United Nations – A Commentary*, Oxford U.P., 2002, pp. 112-136.

7 C.D.I., commentaire du projet d'articles sur le droit des traités, article 50, par. 1 (*Ann. C.D.I.* 1966, vol. II, p. 270). On s'est demandé ce que cette qualification ajoutait à la valeur juridique de l'article 2, par. 4 (cf. N. Schrijver, *op. cit.* note 6, pp. 459-462) ; la réponse est qu'alors qu'une disposition conventionnelle, figurât-elle dans la Charte, peut être modifiée ou infléchie par une norme coutumière, le caractère impératif de l'interdiction du recours à la force armée a le mérite d'assurer qu'elle ne pourrait être supplantée « que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère » (cf. l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités).

Encore faut-il ne pas se méprendre : impératif par sa portée, ce principe fondamental, et même fondateur, de l'ordre juridique international contemporain est relatif par son contenu. Ce n'est pas le recours à la menace ou à l'emploi de la force « point final », qui est prohibé mais bien le recours à la menace ou à l'emploi de la force contrairement à la Charte des Nations Unies. Cela ressort clairement, par exemple, du commentaire par la C.D.I. du projet d'article 53 de la future Convention de 1986 sur le droit des traités conclus par une ou plusieurs organisations internationales : « l'exemple le plus certain de norme impérative que l'on connaisse, l'interdiction du recours à la contrainte armée en violation des principes du droit international incorporés dans la Charte »⁸. Et celle-ci n'interdit pas ce recours de manière absolue. Contrairement à ce que l'on a dit et écrit⁹, les auteurs de la Charte, loin de faire preuve d'un idéalisme utopique ont manifesté un réalisme lucide¹⁰ :

« Prenant acte de la nécessité de l'accord des Puissances, ils ont confié la « responsabilité principale » du maintien de la paix au Conseil de sécurité ; en prévoyant, dans l'article 42, la possibilité d'opérations nécessaires au maintien de la paix et de la sécurité internationales exécutées « par des forces aériennes, navales ou terrestres de Membres des Nations Unies », ils ont reconnu que les instruments de la puissance militaire demeurent aux mains des États ; et ils en ont tiré les conséquences en rappelant avec force, dans l'article 51, le droit « naturel de légitime défense individuelle ou collective ».

Ce faisant, les négociateurs de 1945 ont tracé les contours et les limites du principe de l'interdiction du recours à la force armée dans les relations internationales et, si on laisse de côté l'obsolète article 107 relatif aux États ex-ennemis, ne connaît que (mais connaît) deux exceptions et deux seulement¹¹ : en légitime défense face à une agression armée et dans le cadre d'une action entreprise par le Conseil de sécurité sur le fondement de l'article 42 de la Charte¹².

8 *Ann. C.D.I.* 1982, vol. II, 2ème partie, p. 58, par. 2) du commentaire – italiques ajoutées.

9 V. par exemple M. Glennon, « The Rise and Fall... », préc. note 4 ou « Platonism, Adaptivism and illusion in UN Reform », *Chicago J. I.L.* 2006, pp. 613-640.

10 En ce sens : Anne-Marie Slaughter, « Misreading the Record », *Foreign Affairs* 2003, p. 203 ou A. Pellet, « La force et le règlement des différends politiques », préc. note 4.

11 En ce sens, et parmi de très nombreux exemples : M. Bothe, « Terrorism and the Use of Pre-emptive Force », *EJIL*, 2003, p. 228 ou Rapport du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement, « Un monde plus sûr : notre affaire à tous », 2004, A/59/565, par. 185. On ne peut cependant exclure que les luttes de libération nationale face au maintien par la force d'une domination coloniale ou d'une situation équivalente en constituent une troisième (v. A. Pellet, « Légitime défense et agression - Le phénomène de libération nationale », 6ème rencontre de Reims, *Réalités du droit international contemporain - Discours juridique sur l'agression et réalité internationale*, CERI, Reims 1982, pp. 117-126 ; P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, 7e éd., L.G.D.J., Paris, 2002, pp. 953-954) ; v. aussi les questions (sans réponse à cet égard) de M. Bothe, *op. cit.*, pp. 230-231.

12 Dans le même sens, v. M. Bothe, *ibid.*, p. 228 : « ... there are two such exceptions : self-defence and authorization by a competent international organization ». Il en va de même en ce qui concerne la menace de l'usage de la force – cf. Drazen Petrović, « Threat of Use of

Ces deux exceptions, marquées au sceau du réalisme, présentent deux graves inconvénients. En premier lieu, elles font la part belle à l'appréciation subjective – de l'État (ou des États) qui se prétend(ent) victime(s) d'une agression armée pour ce qui est de la première, des Membres permanents du Conseil de sécurité de sécurité dans le cas de la seconde puisque l'exercice du droit de veto qui leur est conféré par l'article 27, paragraphe 3, de la Charte n'est limité (en tout cas expressément) par aucune règle juridique. Du même coup et en second lieu, rien ne garantit une réaction efficace de la communauté internationale dans son ensemble en cas de menace contre la paix ou de rupture de la paix¹³ si le Conseil de sécurité est paralysé par un vote négatif de l'un (ou de plusieurs) de ses Membres permanents ou si la majorité de neuf voix (positives) sur quinze ne peut être atteinte.

Au surplus, tout le mécanisme du recours à la contrainte par les Nations Unies est « *peace oriented* ». Il vise (exclusivement) à « maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales »¹⁴, en aucune manière le respect du droit – fût-ce des principes et des règles les plus essentielles à la communauté internationale, les plus « intransgressibles » : le mot « droit » (au sens de *law*), parcimonieusement utilisé dans la Charte (il n'y apparaît que trois fois¹⁵), est absent du chapitre VII et de multiples indices montrent que les négociateurs de San Francisco faisaient passer le maintien de la paix avant le respect du droit¹⁶.

Il reste que, heureusement, respect du droit et maintien de la paix ne sont pas nécessairement incompatibles ; bien au contraire, dans la généralité des cas, le respect du premier est un facteur du second. Et s'il est sans doute exact que toute violation du droit ne met pas forcément en danger la paix et la sécurité internationales¹⁷, les manquements les plus graves aux obligations les plus essentielles qu'impose le droit

Force and its Consequences : Recent Developments » in V. Crnić-Grotić and M. Matulović eds, *International Law and the Use of Force at the Turn of the Centuries*, University of Rijeka Press, 2005, p. 125.

13 Y compris en cas d'invocation abusive du droit de légitime défense.

14 Cf. l'article 39 de la Charte.

15 Dans l'alinéa 3 du préambule (création des « conditions nécessaires au ... respect des traités et autres sources du droit international »), dans l'article 1, par. 1 (réalisation « conformément aux principes de la justice et du droit international » de l'ajustement ou du « règlement de différends ou de situations, de caractère international, susceptibles de mener à une rupture de la paix ») et dans l'article 13 (encouragement au développement progressif et à la codification du droit international).

16 Ainsi par exemple, le règlement pacifique d'un différend n'est obligatoire que si sa « prolongation est susceptible de menacer la paix et la sécurité internationales » (art. 33 ; v. aussi l'article 2, par. 3) et, presque caricaturalement, l'article 94, par. 2, s'en remet au pouvoir discrétionnaire du Conseil de sécurité pour ce qui est de l'exécution des arrêts de la C.I.J. Sur « la place du droit dans la constatation de l'article 39 », v. Mirko Zambelli, *La constatation des situations de l'article 39 de la Charte des Nations Unies par le Conseil de sécurité – Le champ d'application des pouvoirs prévus au chapitre VII de la Charte des Nations Unies*, Helbin & Lichtenhaum, Genève/Bâle/Munich, 2002, pp. 131-147.

17 Ce que traduit la formulation de l'article 33 préc.

international général constituent toujours une atteinte aux intérêts fondamentaux de la communauté internationale dans son ensemble¹⁸.

C'est par ce biais qu'un lien a progressivement pu être établi entre catastrophes humanitaires (et les risques qu'elles se produisent) et le chapitre VII de la Charte. C'est lors que la paix ne peut être réduite à la seule absence de guerre¹⁹, des violations massives des droits de l'homme ou du droit humanitaire, quand bien même elles se produisent dans un seul pays, sont « d'intérêt international » car, potentiellement au moins, elles menacent la paix et la sécurité internationales – et peuvent d'ailleurs engendrer en conflits armés véritablement internationaux comme l'ont montré, par exemple, les drames de Bosnie-Herzégovine, du Rwanda ou du Darfour. Comme l'a constaté le Groupe des personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et les changements dans son rapport de 2004, « [a]ujourd'hui, plus que jamais auparavant, les menaces sont étroitement liées entre elles et ce qui constitue une menace pour l'un d'entre nous est une menace pour tous »²⁰.

Dans cette perspective, il n'y avait rien d'incongru à ce que le Conseil de sécurité considère des situations caractérisées par des violations massives des droits de l'homme ou du droit humanitaire des conflits armés comme des « menaces contre la paix », susceptibles de déclencher la mise en œuvre du chapitre VII de la Charte²¹. Déjà en œuvre du temps de la guerre froide²², cette tendance à l'élargissement de la notion de menace contre la paix s'est amplifiée et affirmée à partir de 1990. Les décisions du Conseil dans les affaires yougoslave, somalienne, rwandaise ou haïtienne, ou à propos de la répression contre les populations civiles irakiennes, notamment les Kurdes, ou encore des guerres civiles au Libéria, en Sierra Leone, en Angola, en Géorgie, en Albanie, en République centrafricaine ou en Côte d'Ivoire ou de la crise humanitaire et des violations des droits de l'homme commises sur une grande échelle au Darfour constituent, chacune à sa façon, des signes de cette conviction nouvelle selon laquelle les violations des droits fondamentaux de la personne humaine constituent, dans certains cas, des menaces contre la paix et la sécurité internationales, alors même qu'elles ne sont commises que dans un seul pays. L'Institut de Droit international en a tiré la juste conclusion que « Le génocide, les crimes contre l'humanité de grande ampleur ou les crimes de guerre de grande am-

18 Cette idée était bien reflétée par la définition du crime international de l'État par feu l'article 19 du projet d'articles de première lecture de la C.D.I. sur la responsabilité internationale de l'État (v. *Ann. C.D.I.* 1996, vol. II, 2ème partie, p. 64).

19 Cf. la déclaration du Président du Conseil de sécurité du 31 janvier 1992, S/23500 (reproduite in *R.G.D.I.P.* 1992, p. 258) ou le Rapport du Secrétaire général, « Dans une liberté plus grande : développement, sécurité et respect des droits de l'homme pour tous », A/59/2005 (2005), par. 78. V. aussi M. Zambelli, *op. cit.* note 16, pp. 157-161 ou 311.

20 *Un monde plus sûr : notre affaire à tous*, *op. cit.* note 11, par. 17.

21 Sur ce point, v. not. Jean-Marc Sorel, « L'élargissement de la notion de menace contre la paix », in *S.F.D.I.* colloque de Rennes, *Le chapitre VII de la Charte des Nations Unies*, Pedone, Paris, 1995, pp. 3-57, et M. Zambelli, *op. cit.* note 16, pp. 267-285.

22 V. notamment les résolutions du Conseil de sécurité 221 (1966) du 9 avril 1966, sur la situation en Rhodésie et 418 (1977) du 4 novembre 1977 à propos de l'apartheid.

pleur devraient être considérés comme une menace à la paix et à la sécurité internationales, conformément à l'article 39 de la Charte des Nations Unies »²³ tant il est vrai qu'aujourd'hui, selon l'heureuse formule du Rapport Evans/Sahnoun sur *La responsabilité de protéger*, « la sécurité humaine est effectivement indivisible »²⁴.

La qualification opérée par le Conseil de sécurité sur le fondement de l'article 39 de la Charte ouvre la voie à l'adoption de « sanctions » (même si le mot ne figure pas dans la Charte, c'est bien de cela qu'il s'agit) contre l'État ou les entités non étatiques²⁵ tenues pour responsables de la situation.

Ici encore, faute de conclusion des accords prévus à l'article 43 de la Charte, le Conseil a dû faire appel à des solutions innovantes²⁶. L'« invention » des forces de maintien de la paix a été la première et heureuse manifestation de cette capacité d'innovation. Après la chute du Mur, elle a été prolongée par la généralisation du phénomène de l'autorisation, par le Conseil, du droit de recourir à la force en cas de menace à la paix dument constatée dont on peut voir précédent dans la résolution 83 (1950) du 27 juin 1950 qui a légitimé l'intervention des forces des Nations Unies sous commandement américain en Corée. Utilisé à nouveau en 1966 à l'occasion de l'affaire rhodésienne²⁷ le procédé est devenu d'usage courant à partir de 1990 : lors de la première guerre du Golfe, en Somalie, en Haïti, lors de la crise yougoslave, au Timor oriental, en RDC, en Côte d'Ivoire, le Conseil a autorisé les États membres ou certains d'entre eux, « à employer tous les moyens nécessaires » – y compris la force armée – pour mettre fin à rupture de la paix ou à une menace contre la paix résultant d'une situation purement ou principalement interne.

Souvent décriée, ces autorisations d'utiliser la force armée doivent sûrement être approuvées dans leur principe. Même si l'on peut sans doute souhaiter que les actions menées sur cette base soient plus étroitement encadrées et surveillées, elles pallient l'absence de moyens propres des Nations Unies et constituent un compromis

- 23 Résolution de Santiago du Chili, 27 octobre 2007, Problèmes actuels du recours à la force en droit international - Actions humanitaires », par. II. V. aussi M. Reisman, « Humanitarian Intervention : The Uncertain Evolution of a Responsibility to Protect in International Law : Preliminary Exposition and Questionnaire », Rapport préliminaire, *Ann. I.D.I.* 2007, pp. 174-175.
- 24 Rapport de la Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États, *La responsabilité de protéger*, 2001, par. 1.21.
- 25 V. par exemple, sur les Taliban : Conseil de sécurité, résolutions 1267 (1999), 15 octobre 1999 et 1333 (2000), 19 décembre 2000 ; sur Al-Qaida et Ousama Ben Laden : résolutions 1390 (2002), 16 janvier 2002, 1526 (2004), 30 janvier 2004, 1617 (2005), 29 juillet 2005 et 1735 (2006), 22 décembre 2006 ; sur l'UNITA, ses dirigeants et ses membres : 1127 B (1997), 28 août 1997 et 1173 B (1998), 12 juin 1998.
- 26 V. not. Thomas M. Franck, *Recourse to Force – State Action Against Threats and Armed Attack*, Cambridge U.P., 2002, pp. 24-31.
- 27 V. la résolution 221 (1966) du 9 avril 1966.

acceptable entre la paralysie et l'impuissance d'une part, l'unilatéralisme sauvage d'autre part²⁸.

L'autre « exception » au principe de l'interdiction du recours à la force – mais incluse dans le principe lui-même, la légitime défense, a elle aussi, fait l'objet sinon d'inflexions, du moins de précisions, allant également dans le sens d'un plus grand réalisme tout en laissant espérer un équilibre raisonnable entre le maintien du principe dans son intégrité et sa mise en œuvre éclairée. Ces clarifications, sur lesquelles il n'est pas possible de s'appesantir dans le cadre de la présente contribution, concernent

d'une part la possibilité qu'une attaque émanant d'une entité non étatique soit considérée comme une agression justifiant le recours à la force en légitime défense²⁹ ;

d'autre part, les conditions dans lesquelles il est licite de recourir à la légitime défense en cas de menace d'agression : la malheureuse action anglo-américaine contre l'Iraq et les réactions qu'elle a suscitées ont au moins eu le mérite d'établir que la communauté internationale n'était pas prête à accepter la théorie de la légitime défense « pré-emptive »³⁰, feuille de vigne peu décente d'une

En ce sens, v. not. le rapport de Philippe Lagrange, « Sécurité collective et exercice par le Conseil de sécurité du système d'autorisation de la coercition », au colloque de Tunis, préc. note 1, pp. 55-94 ; M. Kohen, *op. cit.*, note 4, pp. 213-215 ou A. Pellet, « The Road to Hell Is Paved with Good Intentions – The United Nations as Guarantor of International Peace and Security : A French Perspective » in C. Tomuschat ed., *The United Nations at Age Fifty*, Kluwer, La Haye/Londres/Boston, 1995, pp. 125-130. Pour des positions plus réservées, v. Thomas M. Franck, « The United Nations as Guarantor of International Peace and Security », *ibid.*, pp. 31-33 ; Giorgio Gaja, « Use of Force Made or Authorized by the United Nations », *ibid.*, pp. 40-47 ; D. Sarooshi, *The United Nations and the Development of Collective Security – The Delegation by the UN Security Council of its Chapter VII Powers*, Clarendon Press Oxford, 1999, xxii-311 p., not. pp. 142-284 ou L.-A. Sicilianos, « L'autorisation par le Conseil de sécurité de recourir à la force », *R.G.D.I.P.* 2002, p. 5-50 ; J. Cardona Llorens « Le maintien de la paix et le recours à la force : entre l'autorisation des opérations de maintien de la paix et l'externalisation », in *Le droit international à la croisée des chemins : force du droit et droit de la force*, VIème Rencontre internationale de la Faculté des Sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Pedone, Paris, 2005, pp. 77-103.

Ceci est bien dans la ligne des résolutions du Conseil de sécurité qui visent des entités non étatiques et leur adressent directement des injonctions (v. *supra*, note 26). V. M. Bothe, *op. cit.* note 11, p. 230, et « The International Community and Terrorism » in S.F.D.I., journal franco-allemand, *Les nouvelles menaces contre la paix et la sécurité internationales*, Pedon 2004, pp. 54-55. L'auteur, tout en semblant accepter qu'une agression terroriste puisse susciter une riposte en légitime défense ou justifier le recours aux mesures du chapitre VII néanmoins en garde contre les risques d'atteinte à la souveraineté territoriale des États sur le territoire desquels l'action prendrait place. V. aussi le rapport provisoire (juin 2007) d'E. Roucouas à l'I.D.I. sur les « Problèmes actuels du recours à la force en droit international (légitime défense) », *Ann. I.D.I.*, 2007, pp. 138-143, pars. 138-147 et la résolution de l'Institut du 27 octobre 2007 sur ce sujet, point 10.

V. la résolution de l'I.D.I., préc. note 29, point 6 : « Les doctrines de légitime défense préventive », en l'absence d'une attaque armée en cours de réalisation ou manifestement in

agression pure et simple, même s'il n'est pas déraisonnable de considérer que, conformément aux principes traditionnels du droit international³¹, « un État menacé peut lancer une opération militaire à condition que l'agression dont il est menacé soit imminente, qu'il n'y ait pas d'autre moyen d'écarter la menace et que l'intervention militaire soit proportionnée »³².

Comme l'a dit le récipiendaire de cet ouvrage dans ses plaidoiries orales devant la C.I.J. dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières* : « Certes, le droit de légitime défense est indispensable à la sauvegarde de l'existence même et de la survie des États. ... Mais cela ne signifie pas pour autant qu'il soit possible de brandir le droit de légitime défense, telle une baguette magique, pour justifier tout recours à la force jugé utile par un État qui cherche à préserver ses intérêts »³³. Cela est vrai quand bien même il s'emploierait à couvrir ceux-ci du manteau de l'intérêt général et invoquerait le principe de légitime défense pour éradiquer par la force un régime sanguinaire ou débarrasser le monde de la menace prétendue d'une utilisation d'armes de destruction massive : ceci n'est pas la fonction de la légitime défense.

Il apparaît dès lors qu'aucune des deux exceptions inhérentes au principe de l'interdiction du recours à la force armée dans les relations internationales n'a subi de mutation depuis qu'il a été énoncé dans l'article 2, paragraphe 4, de la Charte. Sans doute, leur portée a-t-elle été précisée et elles ont été adaptées à des circonstances nouvelles qu'il n'était guère possible d'envisager au moment où la Charte a été adoptée. Mais leur esprit et leur fonction n'ont pas changé et cela laisse sans réponse la question posée par le professeur Bothe et reproduite en ouverture de cette contribution :

minente, n'ont pas de fondement en droit international ». E. Roucouas a souligné dans son rapport sur le sujet qu'« [i]t is also argued that under present international law there is no need for the concept of pre-emptive self-defence. "It is clearly incompatible with present Charter law and does not fall within the narrow frame of the concept of anticipatory self-defence" [R. Hoffmann, "International Law and the Use of Military Force", *German YBIL*, vol. 45, 2002, p. 33 ; v. aussi A. Anghie, "The Bush Administration Pre-emption Doctrine", *ASIL Proceedings*, vol. 98, 2004, p. 327]; it adds confusion in an already controversial area and has been qualified "unnecessary and divisive" [Ch. Gray, *International Law and the Use of Force*, 2nd ed., Oxford U.P., 2004, p. 193] » (*op. cit.* note 29, p. 122, par. 102).

31 V. la célèbre affaire de *La Caroline* de 1837 et les échanges de correspondance auxquels elle a donné lieu (reproduits in J.B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Have Been a Party*, vol. 1, 1898, p. 681).

32 « Un monde plus sûr... », rapport préc. note 11, par. 188. En ce sens : M. Bothe, *op. cit.* note 11, pp. 232-233, qui insiste sur les limites strictes dans lesquelles une telle action peut être entreprise ; *contra*, v. Théodore Christakis, « Existe-t-il un droit de légitime défense en cas de simple 'menace' ? Une réponse au 'Groupe de personnalités de haut niveau de l'ONU » in colloque de Tunis préc. note 1, pp. 197-222, ou Olivier Corten, *Le droit contre la guerre – L'interdiction du recours à la force en droit international contemporain*, Pedone, 2008, pp. 617-669. V. également le rapport provisoire d'E. Roucouas, préc. note 29, p. 113-114, pars. 86-87.

33 CR 2003/7, 19 février 2003, p. 31, par. 19.

- l'élargissement de la notion de menace contre la paix ouvre la possibilité qu'une réaction armée soit décidée par le Conseil de sécurité en cas de catastrophe humanitaire mais ne la garantit pas³⁴;
- le Conseil de sécurité bénéficie, dans ce domaine comme dans les autres, d'un large pouvoir d'appréciation - même si celui-ci n'est pas arbitraire³⁵ ; dès lors on ne saurait exclure qu'il se prononce en fonction de préoccupations purement conjoncturelles³⁶ et fasse prévaloir des considérations fondées sur le maintien ou le rétablissement immédiat de la paix sur la nécessité d'instaurer les conditions d'une sécurité durable ; le droit de veto accroît évidemment considérablement les risques d'inaction du Conseil si l'un des Membres permanents (ou l'un de ses « protégés ») est concerné par des violations graves des droits de l'homme ou du droit humanitaire³⁷ ; et pourtant,
- en cas de paralysie du Conseil de sécurité, une catastrophe humanitaire dans un autre État ne constitue pas un motif juridiquement acceptable de riposte armée que ce soit au titre de la « légitime défense collective » ou de l'excuse de nécessité³⁸, et
- la simple constatation de l'existence d'une menace contre la paix au titre de l'article 39 ne vaut pas autorisation de recourir à la force armée en l'absence d'une décision fondée sur l'article 42³⁹.

Ainsi, malgré la Charte et l'évolution que le droit international a connue au cours des soixante dernières années, à s'en tenir au strict droit « positif », même si on l'analyse avec une souplesse que certains réproouvent⁴⁰, on en reste en partie à la situation d'impuissance qui était, à la veille de la seconde guerre mondiale, celle des démocraties face à l'extermination des Juifs allemands. Le discours du droit contemporain n'est, en apparence, pas très éloigné de celui prêté à Goebbels à la suite de la pétition de Franz Bernheim à la S.d.N.⁴¹ : « Messieurs, charbonnier est

34 V. not. M. Aznar-Gomez, « A Decade of Human Rights Protection by the U.N. Security Council », *E.J.I.L.* 2002, pp. 223-241.

35 V. M. Bothe, « Les limites des pouvoirs du Conseil de sécurité » in Académie de droit international, R.J. Dupuy dir., Colloque de La Haye, 1992, *Le développement du rôle du Conseil de sécurité – Peace Keeping and Peace Building*, p. 70 ; v. aussi l'opinion dissidente de Fitzmaurice jointe à l'avis consultatif de la C.I.J. du 21 juin 1971 dans l'affaire de la *Namibie* Rec. 1971, pp. 292-285, pars. 112-116. Pour des analyses générales et approfondies, v. E. de Wet, *The Chapter VII Powers of the U.N. Security Council*, Hart Publ., Oxford, 2004, XVIII 413 p., part. pp. 133-177 ou M. Zambelli, *op. cit.* note 16, part. pp. 92-126.

36 En ce sens, J.M. Sorel, *op. cit.* note 21, p. 43.

37 Cf. la situation en Tchétchénie.

38 V. par analogie C.I.J., avis consultatif, 9 juillet 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Rec. 2004, pp. 194-195, pars. 138-142 (ce passage concerne une action illicite - la construction d'un mur en dehors du territoire national - mais n'impliquant pas l'emploi de la force armée).

39 V. O. Corten, *op. cit.* note 32, pp. 539-568.

40 V. le plaidoyer rigide implacable d'Olivier Corten, *ibid.*, *passim*.

41 Pour le texte de cette pétition, présentée en application de la Convention polono-allemande du 15 mai 1922 sur la Haute-Silésie, qui prévoyait un droit de pétition en faveur des minorités

maître chez soi. Nous sommes un État souverain. Tout ce qu'a dit cet individu ne vous regarde pas. Nous faisons ce que nous voulons de nos socialistes, de nos pacifistes et de nos juifs, et nous n'avons à subir de contrôle ni de l'humanité ni de la S.d.N. »⁴².

II. L'issue ?

La force au secours du droit ?

Mais alors que, dans les années 1930, il n'était guère possible d'aller au-delà de faibles protestations⁴³ la situation a, aujourd'hui, changé ... à tous les égards, sauf en ce qui concerne le recours à la force armée. Et c'est sans doute dans les alternatives à celui-ci que le juriste peut trouver les meilleures raisons d'appeler à une « ingénierie humanitaire » allant au-delà des vœux pieux tout en restant « dans les clous » du droit positif – qu'il ne faut, au demeurant, peut-être pas « sacraliser » à l'excès, même si l'on ne saurait ressusciter la célèbre, mais discutable, formule de Max Huber selon laquelle « il est incontestable qu'à un certain point l'intérêt d'un État de pouvoir protéger ses ressortissants et leurs biens, doit primer le respect de la souveraineté territoriale, et cela même en l'absence d'obligations conventionnelles. Ce droit d'intervention a été revendiqué par tous les États: ses limites seules peuvent être discutées. En le niant, on arriverait à des conséquences inadmissibles: on désarmerait le droit international vis-à-vis d'injustices équivalant à la négation de la personnalité humaine; car c'est à cela que revient tout déni de justice »⁴⁴. En admettant même qu'elle correspondît au droit positif antérieur au Pacte Briand-Kellogg et à la Charte des Nations Unies, elle est difficilement transposable au monde actuel, dans lequel l'article 2, paragraphe 4, de celle-ci étend l'interdiction de principe du

v. le document de la S.D.N. : C.314.1933.I.B, 19 May 1933, p.7, publié in *J.O.S.d.N.*, 1933, pp. 838-839.

42 V. Marc Agi, *De l'idée d'universalité comme fondatrice du concept des droits de l'homme d'après la vie et l'œuvre de René Cassin*, Alp'azur, Antibes, 1980, p. 354, ou Mario Bettati, *Le droit d'ingérence – Mutation de l'ordre international*, Odile Jacob, 1996, p. 18. V. aussi : René Cassin, « Les droits de l'homme », *R.C.A.D.I.* 1974-IV, vol.140, p.324. Pour une présentation plus « scientifique » de l'examen et des suites de la pétition Bernheim (mais n'enlevant rien au caractère emblématique de l'épisode), v. Greg Burgess, « The Human Rights Dilemma in Anti-Nazi Protest: The Bernheim Petition, Minorities Protection, and the 1933 Sessions of the League of Nations », *CERC Working Papers Series*, n° 2/2002, 56 p. ou Jan Herman Burgers, « The Road to San Francisco: The Revival of the Human Rights Idea in the Twentieth Century », *Human Rights Quarterly* 1992, pp. 455-459. Le texte du discours de Goebbels, lu aux journalistes (et non devant l'Assemblée de la S.d.N.) a été publié en allemand in *Joseph Goebbels, Signale der neuen Zeit (Messages de l'ère nouvelle)*, Munich: Zentralverlag der NSDAP, 1934 (v. J.H. Burgers, *ibid.*, p. 457, note 2).

43 Et l'attitude de l'Allemagne envers « ses » juifs en suscita lors de l'examen de la pétition Bernheim, contrairement au mythe pieusement pédagogique forgé par la suite (v. les articles très documentés cités note 42 ci-dessus).

44 Sentence arbitrale du 1er mai 1925, *Biens britanniques au Maroc espagnol*, *R.S.A.* II, p. 641.

recours à la force à toute action armée et un organe est investi de la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales.

Il reste que la question demeure fort controversée. Il est significatif à cet égard que, dans sa résolution de 2007 sur les « Problèmes actuels du recours à la force en droit international », l'I.D.I. ait dû indiquer que ce texte « ne porte pas sur la question de la licéité des actions militaires qui n'ont pas été autorisées par les Nations Unies, mais dont l'objectif déclaré est de mettre fin à un génocide, à des crimes contre l'humanité de grande ampleur ou à des crimes de guerre de grande ampleur »⁴⁵, car, a dû préciser le Président de l'Institut dans une déclaration du même jour, « [l']Institut a débattu de manière approfondie la question de la licéité des actions militaires qui n'ont pas été autorisées par les Nations Unies mais dont l'objectif déclaré est de mettre fin à un génocide, à des crimes contre l'humanité de grande ampleur ou à des crimes de guerre de grande ampleur. Tandis que certains Membres furent d'avis que ces actions pourraient être licites dans certaines circonstances et moyennant certaines conditions, certains autres Membres furent d'avis que tel n'est pas le cas en droit international contemporain, et en particulier selon la Charte des Nations Unies »⁴⁶.

On peut certainement faire valoir que certaines règles de droit humanitaire ou protectrices des droits de l'homme ont acquis la qualité de normes impératives⁴⁷, au même titre que le principe de l'interdiction du recours à la force dans les relations internationales contrairement à la Charte. Dès lors, pour reprendre l'expression du Président Bedjaoui dans la déclaration qu'il a jointe à l'avis de la C.I.J. dans l'affaire relative à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, « [i]l peut donc se produire, dans certaines circonstances, une opposition irréductible, une collision frontale de principes fondamentaux dont l'un ne saurait se réduire à l'autre »⁴⁸; et, pour paraphraser la même déclaration, « [o]n manquerait par conséquent de la plus élémentaire prudence si on plaçait sans hésitation [les normes intransgressibles du droit humanitaire] au-dessus de toutes autres considérations, et en particulier au-dessus [du principe si indispensable à la société internationale contemporaine de l'interdiction du recours à la force armée] »⁴⁹; et réciproquement d'ailleurs. On ne saurait violer l'une pour faire respecter l'autre : il faut les respecter l'une et l'autre. Comme l'a rappelé fermement la C.D.I., « il n'est pas permis à un État prenant des contre-mesures de déroger à une [norme impérative]: un génocide, par exemple, ne

45 Résolution citée *supra* note 23, par. VI.

46 *Ann. I.D.I.* 2007, p. 174.

47 V. not. C.I.J., avis consultatif, 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *Rec.* 1996, p. 257, par. 79. Ce sont ces règles, à vrai dire, qui forment les gros bataillons du *ius cogens*.

48 *Ibid.*, p. 273, par. 22.

49 Cf. *ibid.*

saurait justifier un contre-génocide. De même, l'état de nécessité ne peut excuser la violation d'une norme impérative »⁵⁰.

Cependant, quelques auteurs n'hésitent pas à sauter le pas et à affirmer que « under extreme circumstances humanitarian intervention can be justified ... »⁵¹. Il s'agit cependant là d'une opinion fort minoritaire⁵² même si elle peut sans doute se prévaloir de la complaisance dont ont fait preuve les Nations Unies, peut-être pas en légitimant *ex post*, mais, du moins, en tirant sans sourciller les conséquences des situations créées par les actions armées menées par des États ou des groupes d'États sans autorisation du Conseil de sécurité au prétexte de mettre fin à des violations graves et systématiques des droits de l'homme⁵³.

Les appréciations varient considérablement à cet égard⁵⁴, et il n'est pas douteux que des arguments moraux et humains très respectables pouvaient être invoqués par les « intervenants humanitaires » comme c'est le cas s'agissant de l'intervention du Viet Nam au Cambodge pour arrêter les massacres Khmer Rouge (en 1978), du Kenya en Ouganda pour mettre fin à l'odieux régime d'Idi Amin Dada (en 1979) ou des opérations *Provide Comfort* pour permettre, en 1991 le retour des réfugiés au Kurdistan irakien ou « Force alliée » pour mettre fin aux exactions serbes au Kosovo.

Il n'en reste pas moins que, malgré quelques précédents ambigus, parfois moralement recommandables, il paraît raisonnable de considérer que la conscience heureusement croissante de l'inadmissibilité des crimes internationaux – le génocide, l'apartheid, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre lorsqu'ils sont commis à une large échelle – n'a pas, à ce jour, suscité une nouvelle *opinio juris* quant à l'admissibilité du recours à la force dans des hypothèses autres que celles envisagées par la Charte. Chaque fois que des États ou des groupes d'États s'y sont

50 Rapport de la C.D.I. sur sa 53^{ème} session, 2001, A/56/10, « Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite », p. 223, par. 4) du commentaire du projet d'article 26.

51 Christian Tomuschat, « International Law : Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century : General Course on Public International Law », *R.C.A.D.I.* 1999, vol. 281, p. 224, ou *Human Rights Between Idealism and Realism*, Oxford U.P., 2003, p. 229 ; v. aussi les auteurs cités par Claude Rucz, « Les mesures unilatérales de protection des droits de l'homme devant l'Institut de Droit international », *A.F.D.I.* 1992, p. 627.

52 V. le « Review Essay » de Nico Krisch, « Legality, Morality and the Dilemma of Humanitarian Intervention after Kosovo », *E.J.I.L.* 2002, pp. 323-335.

53 V. par ex. les résolutions 788 (1992) (intervention de la C.E.D.E.A.O. au Libéria) ; 1132 (1997) (C.E.D.E.A.O. en Sierra Leone) ; 1244 (1999) (OTAN en Serbie – affaire du Kosovo) ; et même 1511 (2003) et 1546 (2004) (États-Unis et forces de la « Coalition » en Iraq).

54 L'auteur de ces lignes a estimé naguère que la résolution 1244 (1999) sur le Kosovo tirait à juste titre les conséquences d'une opération légitime (v. « La guerre du Kosovo' – Le fait rat-trapé par le droit », *Forum du Droit international/International Law Forum*, 1999-1, pp. 160-165 ou « Brief Remarks on the Unilateral Use of Force », *EJIL* 2000, pp. 385-392) ; l'utilisation du même argument pour justifier *ex post* l'agression anglo-américaine en Iraq – qui ne lui paraît ni licite, ni légitime, l'a conduit à changer d'opinion.

aventurés, leurs actions se sont heurtées à des condamnations, plus ou moins convaincues, plus ou moins nombreuses, plus ou moins désintéressées, mais toujours suffisantes pour que l'on ne puisse, de bonne foi, y voir l'amorce d'une nouvelle règle coutumière – moins encore la survenance d'une nouvelle norme impérative du droit international général⁵⁵.

« Comme l'a relevé le professeur Thomas Franck, « the instances in which a state or group of states has intervened for humanitarian purposes without incurring significant opposition from the international system may indicate a certain willingness on the part of that community to brook some violation of the law in instances of clearly demonstrated necessity. It does not, however, indicate a fundamental change in the law to give wholesale permission to states to do that which is textually prohibited. Even less does it suggest that conduct which is textually prohibited has, through practice, become legally obligatory »⁵⁶.

« Le fameux *dictum* de la C.I.J. dans l'affaire du *Détroit de Corfou* demeure, soixante ans plus tard, toujours aussi radicalement exact : quand bien même elle paraît inspirée des meilleures intentions, l'intervention, fût-elle humanitaire, « réservée par la nature des choses aux États les plus puissants », est toujours « la manifestation d'une politique de force, politique qui, dans le passé, a donné lieu aux abus les plus graves et qui ne saurait, quelles que soient les déficiences présentes de l'organisation internationale, trouver aucune place dans le droit international »⁵⁷.

« [L]'emploi de la force ne saurait [donc] être la méthode appropriée pour vérifier et assurer le respect » des droits de l'homme⁵⁸, fût-ce des plus fondamentaux d'entre eux. Mais si la voie de l'usage unilatéral de la force armée est barrée, il n'en résulte pas que la communauté internationale dans son ensemble ni même les États pris individuellement soient dépourvues de tout moyen d'action face à des violations graves des droits de la personne humaine. Deux autres voies sont en réalité ouvertes :

- celle du recours à la force armée – mais, collective, en conformité avec les prescriptions du chapitre VII⁵⁹ ; et
- celle des mesures unilatérales mais qui ne comportent pas l'utilisation de la force militaire.

S'agissant de la première on a beaucoup dit, ces dernières années que le Conseil de sécurité avait le « devoir moral » d'agir pour empêcher la survenance d'une ca-

55 V. O. Corten, *op. cit.* note 32, pp. 535-600, et 779-804 ; v. aussi N. Krisch, *op. cit.* note 45, p. 335.

56 *Recourse to Force*, *op. cit.* note 26, p. 172.

57 Arrêt du 8 avril 1949, *Rec.* 1949, p. 35.

58 Cf. C.I.J., arrêt, 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, *Rec.* 1986, p. 134, par. 268.

59 En ce sens, v. M. Bothe, *op. cit.* note 11, p. 240.

tastrophe humanitaire ou y mettre fin. Ainsi, dans son Rapport du Millénaire, le Secrétaire général écrit : « L'intervention humanitaire est une question délicate et très complexe sur le plan politique et ne se prête pas à des réponses faciles. Toutefois, ce qui est certain, c'est qu'aucun principe juridique – même pas celui de la souveraineté – ne saurait excuser des crimes contre l'humanité. Lorsque de tels crimes sont commis et que les moyens pacifiques pour y mettre fin ont été épuisés, le Conseil de sécurité a le *devoir moral* d'agir au nom de la communauté internationale. (...) L'intervention armée doit toujours demeurer le dernier recours mais, face à des massacres, c'est une possibilité qu'il ne faut pas écarter »⁶⁰. Et la résolution de l'Institut de Droit International de Santiago, adoptée sept ans plus tard lui fait écho :

« Les organes compétents des Nations Unies devraient user de tous les pouvoirs statutaires dont ils disposent pour agir rapidement dans le but de mettre fin au génocide, aux crimes contre l'humanité de grande ampleur ou aux crimes de guerre de grande ampleur auxquels l'État sous la juridiction ou le contrôle duquel ils surviennent n'aurait pas mis un terme »⁶¹.

Mais la morale n'est pas le droit, le conditionnel n'est pas l'impératif, ni même l'indicatif et, pour louables qu'elles soient, de telles déclarations n'apportent aucun élément de réponse à la question en examen. Et d'autant moins que les États (et d'abord les Membres permanents du Conseil de sécurité) ont clairement manifesté leur intention de ne pas accepter une quelconque obligation d'intervenir comme le montre l'édulcoration progressive du « *devoir moral* » affirmé en 2000 par le Secrétaire général dans les instruments élaborés par la suite⁶².

Séduisante, l'idée d'une renonciation unilatérale au veto dans certaines circonstances ne paraît ni plus réaliste, ni plus efficace juridiquement. Avancée par la Commission Evans/Sahnoun sur la responsabilité de protéger⁶³, elle a été reprise

60 *Nous, les peuples – le rôle des Nations Unies au XXIème siècle*, A/54/2000, par. 218 – italiques ajoutées.

61 Préc. note 23, par. III. V. aussi le rapport de M. Reisman à l'I.D.I., préc. note 23, p. 176 et les remarques de Benedetto Conforti, *ibid.*, p. 202, ou le Rapport Evans/Sahnoun préc. note 24 : « Il importe tout particulièrement de tout faire pour encourager le Conseil de sécurité à exercer sa responsabilité de protéger et non à y renoncer. Le Conseil se doit donc, comme l'exige l'Article 24 de la Charte, d'intervenir promptement et efficacement lorsque la paix et la sécurité internationales sont directement en jeu. Et il se doit aussi de prendre la tête du mouvement de manière claire et responsable, surtout lorsque des pertes considérables en vies humaines sont en train – ou risquent – de se produire, même en l'absence d'une menace directe et imminente contre la paix et la sécurité internationales au sens strict » (par. 6.24).

62 Comp. le Rapport du Secrétaire général (A/54/2000) préc. note 60 ou celui du Groupe de personnalités, « Un monde plus sûr... », préc. note 11, qui invoque « la nouvelle norme de l'obligation collective internationale de protection » (par. 202), au silence de la Déclaration du Sommet de 2005, A/59/2005, qui se borne à réaffirmer « que les dispositions pertinentes de la Charte sont suffisantes pour faire face à l'ensemble des menaces contre la paix et la sécurité internationales » et « que le Conseil de sécurité dispose de l'autorité voulue pour ordonner des mesures coercitives en vue de maintenir et rétablir la paix et la sécurité internationales » (par. 79).

63 « La Commission recommande au Conseil de sécurité : ... (2) que les cinq Membres permanents du Conseil de sécurité envisagent de s'entendre pour renoncer à exercer leur droit de

dans le Rapport du Groupe de personnalités de 2004⁶⁴. Toutefois, outre que cette proposition est assez « cosmétique »⁶⁵ et « a très peu de chances d'être acceptée par les principaux intéressés » – et n'a, en effet, été reprise par aucun instrument international, sa mise en œuvre « aboutirait, en fait, à perpétuer la pratique tant décriée de 'deux poids deux mesures' du Conseil de sécurité face aux menaces contre la paix et la sécurité internationales et ne saurait libérer l'intervention d'humanité de l'emprise des grandes puissances »⁶⁶.

S'il y a peu à attendre du côté du Conseil de sécurité, un « réveil » de l'Assemblée générale permettrait en revanche de surmonter, en partie – et sans doute suffisamment – le blocage du Conseil de sécurité. Non seulement une résolution de l'Assemblée, « si elle recueille le soutien de l'écrasante majorité des États Membres, conférerait une forte légitimité à l'intervention qui serait ensuite entreprise et encouragerait le Conseil de sécurité à revoir sa position »⁶⁷, mais encore une telle résolution, adoptée sur le fondement de la résolution 377 (V), « Union pour le maintien de la paix », aurait, par elle-même, des effets comparables à ceux d'une « décision » du Conseil de sécurité autorisant le recours à la force par les États⁶⁸ : l'Assemblée n'ayant pas le pouvoir de décider, elle ne pourrait « imposer » aux Membres de l'Organisation de prendre des sanctions contre l'État ou les États à l'origine de violations graves des droits humains mais sa recommandation vaudrait permission d'agir⁶⁹.

Au demeurant, comme l'a noté la Commission Evans/Sahnoun, « [l]a difficulté pratique à surmonter réside en l'occurrence dans le fait de savoir s'il est réaliste de s'attendre à ce qu'une majorité des deux tiers, requise en vertu de la procédure de 'l'union pour le maintien de la paix', puisse

veto, dans les décisions où leurs intérêts vitaux ne sont pas en jeu, pour faire obstacle à l'adoption de résolutions autorisant des interventions militaires à des fins de protection humanitaire, dans les cas où celles-ci recueillent par ailleurs la majorité des voix » (Rapport préc. note 24, par. 8.29).

64 « Nous demandons également aux membres permanents de renoncer solennellement, chacun en ce qui le concerne, à faire usage de leur droit de veto en cas de génocide ou de violation massive des droits de l'homme » (Rapport préc. note 11, par. 256).

65 « [U]ne telle proposition ne serait pas d'un grand secours puisque rares seraient les cas de catastrophes humanitaires où les intérêts vitaux d'au moins l'un des membres permanents du Conseil de sécurité ne seraient pas en jeu » (Djamchid Momtaz, « La sécurité collective et le droit d'ingérence humanitaire » in colloque de Tunis préc. note 1, p. 139) – si, du moins, comme cela est sans doute inévitable, c'est à chacun des Membres permanents qu'il appartient d'apprécier en ce qui le concerne si ses intérêts vitaux sont en jeu.

66 D. Momtaz, *ibid.*

67 *La responsabilité de protéger*, Rapport préc. note 24, par. 6.30.

68 V. *supra*, pp. [257-258].

69 V. Sergio Marchisio, « Le rôle de l'Assemblée générale dans le maintien de la paix et de la sécurité internationales », in colloque de Tunis, préc. note 1, pp. 103-104, ou A. Pellet, « Conclusions », *ibid.*, p. 274 ; comp. : M. Reisman, Rapport préc. note 23, pp. 177-178. Sur le caractère « permissif » des résolutions de l'Assemblée générale, v. P. Daillier et A. Pellet, *op. cit.* note 11, p. 380.

être réunie dans une configuration politique où soit il n'y a pas eu de majorité au Conseil de sécurité, soit un ou plusieurs membres permanents ont imposé leur veto ou menacé de le faire, encore que le Kosovo et le Rwanda auraient probablement pu constituer de tels cas exceptionnels »⁷⁰.

Dans cet esprit, on peut aussi envisager des mécanismes de coopération entre l'Assemblée et le Conseil (« power-sharing arrangement »), qui renforceraient la légitimité de mesures prises par celui-ci, et dont la mise en œuvre pourrait constituer une sage précaution, surtout si un financement est nécessaire⁷¹.

Une autre piste de réflexion est celle des mesures impliquant le recours à la force que pourraient prendre les organisations régionales. Le débat a été relancé avec l'adoption de la Constitution de l'Union africaine dont l'article 4.h) proclame « [l]e droit de l'Union d'intervenir dans un État membre sur décision de la Conférence, dans certaines circonstances graves, à savoir : les crimes de guerre, le génocide et les crimes contre l'humanité »⁷². Selon M. Yusuf, « [t]his constitutes a major leap forward for the African Union whose predecessor – the Organization of African Unity – had as one of its guiding principles “Non-interference in the internal affairs of States”. It also represents an innovative legal proposition since it establishes for the first time in the history of regional arrangements or organizations the right to intervene in a Member State on grounds of violation of human rights or humanitarian law »⁷³.

Il reste que ce « droit » régional d'intervention pose de difficiles problèmes juridiques – qui ne peuvent qu'être signalés dans le cadre de cette contribution – quant à sa compatibilité avec le principe même de l'interdiction du recours à la force : il est difficile de le concilier avec les dispositions du chapitre VIII de la Charte et, plus précisément, avec son article 53 qui exclut la licéité de toute action coercitive « en vertu d'accords régionaux ou par des organismes régionaux sans l'autorisation du Conseil de sécurité » ; mais les faibles réactions de la communauté internationale à l'encontre de ce qui, *prima facie*, ne peut guère être considéré que comme une violation de la Charte crée peut-être la première véritable brèche dans l'acception traditionnelle du principe de l'interdiction du recours à la force armée dans les relations internationales. « It is difficult to assess at this juncture the impact that this pioneering principle in the Constitutive Act of the AU will have on the gradual concretization of such a right in international law in general. Much will depend on the extent

70 *La responsabilité de protéger*, Rapport préc. note 24, par. 6.30.

71 Th. Franck, *op. cit.* note 28, p. 36. V. aussi M. Reisman, « The Constitutional Crisis in the United Nations », *A.J.I.L.* 1993, pp. 98-99.

72 V. Jean Allain, « The True Challenge to the United Nations System of the Use of Force : The Failures of Kosovo and Iraq and the Emergence of the African Union », *Max Planck Yb. UN L.* 2004, pp. 264 et s., ou Abdulqawi A. Yusuf, « The Right of Intervention by the African Union: A New Paradigm in Regional Enforcement Action? », *African Yb. of I.L.* 2005, pp. 3-21.

73 « Comments » sur le rapport de M. Reisman, *op. cit.* note 23, p. 210, par. 6.

to which it is actually implemented at the African level and the experience gained with such implementation which, if successful, might expedite not only the consolidation of the practice, but also its gradual acceptance as law at the universal level »⁷⁴.

À l'heure actuelle, il paraît hasardeux de considérer qu'au plan universel en tout cas le principe traditionnel est remis en cause par ce qui pourrait s'avérer n'être qu'un faux pas bien intentionné. Dès lors, l'autre voie permettant de faire face à des violations graves des droits protecteurs de la personne humaine, celle des mesures non militaires, paraît plus féconde et, en tout cas, moins aventureuse.

Elle est tracée dans une résolution de l'I.D.I. de 1989, dont les termes, plus catégoriques, contrastent avec les prudences de celle adoptée plus récemment à Santiago-du-Chili⁷⁵ : « Sans préjudice des fonctions et pouvoirs que la Charte attribue aux organes des Nations Unies en cas de violation des obligations assumées par les membres de l'Organisation, les États, agissant individuellement ou collectivement, ont en droit d'adopter, à l'égard de tout autre État ayant enfreint l'obligation [d'assurer le respect des droits de l'homme], des mesures diplomatiques, économiques et autres, admises par le droit international et ne comportant pas l'emploi de la force armée en violation de la Charte des Nations Unies. Ces mesures ne peuvent être considérées comme une intervention illicite dans les affaires intérieures de l'État »⁷⁶. Telle est aussi la position de la Commission Evans/Sahnoun : « Chaque fois que cela est possible, il faut examiner les mesures coercitives qui ne vont pas jusqu'à l'intervention militaire, en particulier divers types de sanctions d'ordre politique, économique et militaire »⁷⁷.

Assurément, les États et la communauté internationale disposent d'autres moyens que le recours à la force armée pour tenter d'empêcher la survenance d'une catastrophe humanitaire résultant de violations massives des droits de l'homme ou du droit humanitaire ou pour y mettre fin.

Dans la majorité des cas, la prise de contre-mesures ne constitue pas une alternative efficace puisqu'elle suppose que l'État ou les États qui les mettent en œuvre soient directement lésés par le fait internationalement illicite en cause⁷⁸. Mais il est trait différemment du recours aux « Mesures licites par des États autres qu'un État lésé » dont l'article 54 des Articles de la C.D.I. sur la Responsabilité de l'État pou

74 A. Yusuf, *ibid.*, pp. 210-211, par. 7.

75 V. *supra*, p. [11].

76 Résolution de Saint-Jacques-de-Compostelle du 13 septembre 1989, *Ann. I.D.I.* 1990, vol. 6 II, p. 388, art. 2, alinéa 2.

77 *La responsabilité de protéger*, Rapport préc. note 24, par. 4.3. Dans le même sens, v. par e les observations de Tullio Treves et Roy S. Lee sur le rapport de M. Reisman, *op. cit.* note 2 pp. 207-208, et p. 214.

78 Cf. les articles 42 et 49 des Articles de la C.D.I. sur la Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

fait internationalement illicite envisage la possibilité⁷⁹ et dont la consécration ferme constituerait un utile garde-fou contre les appels inconsidérés à la reconnaissance hasardeuse d'un droit d'intervention humanitaire « militaire », en rendant moins attrayant l'assouplissement du principe de l'interdiction du recours à la force dans les relations internationales⁸⁰.

Il reste que, comme les contre-mesures, ces « mesures » prises « dans l'intérêt ... des bénéficiaires de l'obligation violée » doivent, par hypothèse, être « licites », ce qui implique qu'elles ne sauraient « porter aucune atteinte (...) à l'obligation de ne pas recourir à la menace ou à l'emploi de la force telle qu'elle est énoncée dans la Charte des Nations Unies »⁸¹. Il en va ainsi, par exemple, en ce qui concerne l'obligation de prévenir le génocide, au sujet de laquelle la C.I.J. a estimé qu'il était « clair que chaque État ne peut déployer son action que dans les limites de ce que lui permet la légalité internationale »⁸².

Or à la suite notamment des tragédies de Bosnie-Herzégovine et du Rwanda – et celle du Darfour pourrait bien s'y ajouter... – on ne peut plus se dissimuler que, dans certains cas, le recours à la force armée est indispensable à l'efficacité de la riposte. En conclusion de son beau et courageux rapport sur *La chute de Srebrenica*, le Secrétaire général des Nations Unies écrivait : « La communauté internationale tout entière doit reconnaître sa part de responsabilité dans les tragiques événements qui ont résulté de son refus prolongé de recourir à la force durant les premières phases de la guerre »⁸³. La Commission indépendante d'enquête sur les actions de

79 L'article 54 est rédigé ainsi : « Le présent chapitre [sur les contre-mesures] est sans préjudice du droit de tout État, habilité en vertu du paragraphe 1 de l'article 48 à invoquer la responsabilité d'un autre État, de prendre des mesures licites à l'encontre de ce dernier afin d'assurer la cessation de la violation ainsi que la réparation dans l'intérêt de l'État lésé ou des bénéficiaires de l'obligation violée ».

80 Pour une défense de telles mesures, v. A. Pellet, « Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Suite – et fin ? », *A.F.D.I.* 2002, pp. 19-21, ou « Le nouveau projet de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite: *Requiem pour le crime* » in *Man's Inhumanity to Man – Festschrift Antonio Cassese*, Kluwer, La Haye, 2002, pp. 677-681 (traduction et mise à jour en anglais: « The New Draft Articles of the International Law Commission on the Responsibility of States for International Wrongful Acts: A Requiem for States' Crimes? », *Netherlands Yb. I. L.* 2001, pp. 74-76).

81 Article 50 des Articles de la C.D.I., « Obligations ne pouvant être affectées par des contre-mesures ». Ce principe s'applique par analogie à l'article 54, qui est muet sur ce point ; mais v. l'avant-projet adopté en 2000, beaucoup plus satisfaisant (*Ann. C.D.I.* 2000, vol. II, 2ème partie, p. 74).

82 Arrêt du 26 février 2007, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, par. 430.

83 Rapport présenté par le Secrétaire général en application de la résolution 53/35 de l'Assemblée générale, *La chute de Srebrenica*, 1999, A/54/549, par. 501. V. aussi les (moins courageux) rapports néerlandais (Netherlands Institute for War Documentation, *Srebrenica - a 'safe' area*, <http://193.173.80.81/srebrenica/>) et français (Assemblée nationale, Rapport d'information n° 3413/2001, *Srebrenica : Rapport sur un massacre*, vol. I, 191 p., not. pp. 59-81 et pp. 176-179).

l'Organisation des Nations Unies lors du génocide de 1994 au Rwanda est parvenue à des conclusions similaires⁸⁴.

Le dilemme reste entier et, dans l'état actuel des choses, il est sans solution au plan strictement juridique : *il faut*, dans des circonstances extrêmes, pouvoir recourir à la force armée pour sauver des milliers ou des centaines de milliers de vies humaines et empêcher que la dignité humaine soit bafouée à grande échelle ; et pourtant *il ne faut pas* assouplir les conditions dans lesquelles le recours à la force armée demeure licite sauf à ouvrir les portes à tous les abus en ressuscitant les vieux démons de la « guerre juste »⁸⁵ – inévitablement *subjectivement* juste⁸⁶.

Au demeurant – et sans doute heureusement, le droit n'est pas le seul ressort des activités humaines. Et, lorsque l'intolérable adage *summum jus, summa injuria* risque de se trouver vérifié, c'est hors du droit que l'on doit chercher à sortir du dilemme – en s'en remettant à une application souple des règles juridiques lorsque celle-ci apparaît compatible avec leur esprit ; en préférant la justice à l'ordre lorsque des situations humainement intolérables l'exigent ; en appelant à Antigone contre Créon.

Et il ne faut pas exagérer les inconvénients – au plan du droit lui-même – d'une telle approche : l'utilisation de la force armée pour libérer les modernes Auschwitz n'est peut-être un péché contre le droit, mais c'est un péché véniel⁸⁷. Comme l'a relevé le professeur Thomas Franck à l'appui de son très convaincant plaidoyer pour les « circonstances atténuantes », (« plea in mitigation »)⁸⁸, « [i]t is integral to most national legal systems that an action may be regarded as illegal but that the degree of that illegality should be determined with due regard for extenuating or mitigating factors »⁸⁹. Le droit international n'échappe d'ailleurs pas à la règle. Ainsi, dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, après avoir condamné dans les termes très durs qu'il n'on sait⁹⁰ l'intervention britannique, la C.I.J. a reconnu « que la carence complète du Gouvernement albanais dans l'exercice de ses fonctions au lendemain des explosions, ainsi que le caractère dilatoire de ses notes diplomatiques constituent pour le Gouvernement du Royaume-Uni des circonstances atténuantes »⁹¹.

84 Rapport du 15 décembre 1999, S/1999/1257, pp. 54-55.

85 En ce sens, M. Bothe, *op. cit.* note 11, pp. 237-239.

86 V. Jarna Petman, « The Problem of Evil and International Law », in J. Petman et J. Klabbe (eds.), *Nordic Cosmopolitanism. Essays in International Law for Martti Koskenniemi*, Nijhoff, Leiden/Boston, 2003, pp. 111-140.

87 A « venial sin » (Simon Chesterman, *Just War or Just Peace? Humanitarian Intervention and International Law*, Oxford U.P., 2000, p.231).

88 *Op. cit.* note 25, p. 185. V. aussi la « mitigation approach », prônée par Michael Byers, « Preemptive Self-Defence: Hegemony, Equality and Strategies of Legal Changes », *The JI. Political Philosophy* 2003, pp. 186-187.

89 *Ibid.*, p. 179.

90 *V. supra*, pp. [13-14].

91 *Rec.* 1949, p. 35 – italiques ajoutées. Pour une démonstration plus générale l'« atténuation » de la responsabilité dans des cas de ce genre, v. Linos-Alexandros Sicili

À qui fera-t-on croire que l'action molle de la communauté internationale à Srebrenica était préférable à une intervention fût-elle « musclée » et non autorisée par le Conseil de sécurité qui aurait évité l'assassinat de sept ou huit mille hommes musulmans ? Qui peut raisonnablement soutenir que la honteuse inaction des Puissances valait mieux que l'utilisation de la force – dans n'importe quelle condition – afin de faire cesser à temps (en tout cas plus tôt) le génocide au Rwanda ? Et je persiste à penser, surtout après le drame bosniaque, que les Membres de l'OTAN ont eu raison d'intervenir pour faire cesser l'apartheid pratiqué au Kosovo contre les musulmans par le régime de Milosević et les massacres ethniques qui commençaient – et tant pis si c'était, peut-être, illicite !

Mais ce n'est pas parce qu'Antigone, parfois, a raison de tenir tête à Créon qu'il faut décréter la fin de la règle de droit. D'autant moins qu'en l'espèce la règle n'est pas mauvaise en elle-même ; c'est l'usage (ou le non-usage) qu'en font les États qui est déplorable. En établissant un organe chargé de centraliser l'usage de la force armée, la Charte a créé les conditions de la mort de l'unilatéralisme ; en ayant une conception large du concept de paix et des dangers qui la menace, le Conseil de sécurité a permis que ce mécanisme joue en faveur d'une protection des droits les plus fondamentaux de la personne humaine. Il ne tient qu'aux États, à la volonté politique de leurs dirigeants et à la pression des opinions publiques de le mettre en œuvre.

The Proliferation Security Initiative and International Law

Maralino Ronzitti

Introduction

The danger of the proliferation of weapons of mass destruction (WMD) has not been eliminated, notwithstanding the efforts of the international community. In a sense, it has been aggravated by the presence of non-State actors, such as terrorist entities, in the international arena, by States ready to use WMD or threatening to use them. It has also been undermined by the failure to promote real and verifiable disarmament in order to achieve the goal of universality in the non-proliferation treaties or regimes: the CWC is universal but lacks a system of verification and the NPT has not attained universality as there are two declared weapon States and one undeclared weapon State in addition to the P5; moreover, the case of North Korea shows that the nuclear non-proliferation regime is not on the right track. The CWC is, for the time being, the only truly universal international treaty endowed with a serious verification regime.

The UNSC has adopted a number of resolutions aimed at curbing proliferation and preventing WMD from falling into the hands of non-State entities. Two of them are particularly important: resolution 1373 (2001) and resolution 1540 (2004). These resolutions are general, as they do not target any specific country, and have quasi-legislative value. Subsequently, the SC adopted two resolutions for meeting specific situations: resolution 1718 (2006) dealing with North Korea and resolution 1737 (2006) dealing with Iran (followed by resolution 1747 (2007)).

Two new recently concluded treaties should also be mentioned here. The first is the International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism concluded on 13 April 2005, and the second is the Protocol to the Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation (SUA Convention) of 14 October 2005.

The Proliferation Security Initiative (PSI), on the other hand, is not an alternative instrument negotiated outside the United Nations or other international forum dealing with disarmament, such as the Geneva-based CD. It is an instrument that complements the current treaties and regimes. Although not universal, it has the potential to become so since it is open to all States able and willing to join the group of States members of the endeavour.

The PSI was launched in Krakow on 31 May 2003 by US President G. W. Bush. The 11 founding States (Australia, France, Germany, Italy, Japan, The Netherlands, Poland, Portugal, Spain, U.K. and United States) met in Paris on 4 September 2003 and adopted the "Statement of Interdiction Principles". Four other participan