

DÉBATS ET OPTIONS MÉTHODOLOGIQUES

SECTION 2.

LES OPTIONS MÉTHODOLOGIQUES

DÉCOULANT DU CHOIX D'UNE APPROCHE RESTRICTIVE : LES CONDITIONS DE L'ÉVOLUTION DE LA RÈGLE INTERDISANT L'EMPLOI DE LA FORCE

La réalisation du présent ouvrage s'appuie sur une approche qui tend à éviter deux excès.

- Le premier excès serait celui d'un formalisme exacerbé, selon lequel la seule et unique manière de faire évoluer la prohibition de l'emploi de la force, qui est avant tout une règle conventionnelle, serait de réviser ou amender la Charte des Nations Unies, conformément aux procédures prévues au sein de cet instrument (articles 108 et 109). Nous n'avons d'ailleurs pas trouvé trace d'un tel excès formaliste dans la doctrine contemporaine, et ce alors même que certains auteurs étasuniens semblent postuler qu'un tel formalisme prévaut dans la doctrine européenne¹.
- Le deuxième excès est, à notre avis, celui d'une souplesse presque sans limites, que l'on rencontre dans certaines doctrines d'inspiration anglo-saxonnes comme la *policy-oriented* perspective. Nous venons de décrire ces doctrines en exposant, dans son ensemble, ce que nous avons désigné comme une approche extensive². Nous n'y reviendrons donc pas à ce stade.

Entre ces deux tendances, on privilégiera celle qu'a suivie la Cour internationale de Justice, en particulier dans son arrêt sur les *Activités militaires*³. On sait que, selon les termes de cette décision :

« La Cour ne pense pas que, pour qu'une règle soit coutumièrement établie, la pratique correspondante doit être rigoureusement conforme à cette règle. Il lui paraît suffisant, pour déduire l'existence de règles coutumières, que les Etats y conforment leur conduite d'une manière générale et qu'ils traitent eux-mêmes les comportements non conformes à la règle en question comme des violations de celle-ci et non pas comme des manifestations de la reconnaissance d'une règle nouvelle. Si un Etat agit d'une manière apparemment inconciliable avec une règle reconnue, mais défend sa conduite en invoquant des exceptions ou des justifications contenues dans la règle elle-même, il en résulte une

¹ V. p. ex. Richard N. GARDNER, « Neither Bush nor the 'Jurisprudes' », *A.J.I.L.*, 2003, pp. 585 et ss.

² *Supra*, section 1 du présent chapitre.

³ V. aussi Simon CHESTERMAN, *Just War of Just Peace? Humanitarian Intervention and International Law*, Oxford, O.U.P., 2001, pp. 60-65, ainsi que Giuseppe PALMISANO, « Determining The Law on the Use of Force : the ICJ and Customary Rules on the Use of Force » in Enzo Cannizzaro and Paolo Palchetti (eds.), *Customary International Law On the Use of Force. A Methodological Approach*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2005, pp. 201-204.

CONTOURS DE L'INTERDICTION DU RECOURS À LA FORCE

confirmation plutôt qu'un affaiblissement de la règle, et cela que l'attitude de cet Etat puisse ou non se justifier en fait sur cette base »⁴.

Si l'on suit cette méthode, on ne se demandera pas si un comportement « apparemment inconciliable » avec la règle l'est ou ne l'est pas (question de la licéité *in casu*) mais on se penchera plutôt sur les justifications officiellement avancées par l'Etat concerné⁵. Dans cette perspective, d'éventuelles violations de la règle de l'interdiction du recours à la force ne sont en effet pas, en tant que telles, susceptibles de l'éroder ou de la remettre en cause⁶. Sans être écartée, la pratique ne constitue qu'une occasion de déceler, à l'analyse des discours auxquels elle donne lieu, la conviction juridique des Etats concernés⁷. La Cour internationale de Justice ajoute plus loin que :

« L'invocation d'un droit nouveau ou d'une exception sans précédent au principe pourrait, si elle était partagée par d'autres Etats, tendre à modifier le droit international coutumier »⁸.

La méthode de la Cour revient donc à poser deux conditions à l'évolution de la règle coutumière : premièrement, il faut qu'un Etat invoque un droit nouveau, c'est-à-dire revendique une modification de cette règle ; deuxièmement, il faut que cette revendication soit acceptée par d'autres Etats⁹. Nous détaillerons successivement ces deux conditions dans les lignes

⁴ C.I.J., Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Recueil 1986, p. 98, par. 186

⁵ Ce type de méthode est aussi suivie par Christine GRAY, *International Law and the Use of Force*, 3rd ed., Oxford, O.U.P., 2008, pp. 6 et ss., ou Tom RUYTS, 'Armed Attack' and Article 51 of the UN Charter, Cambridge, C.U.P., 2010, pp. 31 et ss. V. aussi Louis HENKIN, « The Reports of the Death of Article 2 (4) Are Greatly Exaggerated », *A.J.I.L.*, 1971, p. 547.

⁶ On s'écarte ainsi de la méthodologie suivie par Thomas FRANCK, « Who Killed Article 2 (4) ? or : Changing Norms Governing the Use of Force by States », *A.J.I.L.*, 1970, pp. 809-837, ou encore par celle défendue par Anthony D'AMATO, « Trashing Customary International Law », *A.J.I.L.*, 1987, pp. 101-105, ou par Fernando TESON, *Humanitarian Intervention: An Inquiry into Law and Morality*, 2nd ed., New York, Transnational Publ., 1997, not. pp. 192-193.

⁷ Mary Ellen O'CONNEL, « Taking *Opinio Juris* Seriously, A Classical Approach to International Law on the Use of Force » in *Customary International Law on the Use of Force. A Methodological Approach*, *op.cit.*, pp. 14-16.

⁸ C.I.J., Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Recueil 1986, p. 108, par. 206.

⁹ La méthode retenue semble privilégier l'*opinio juris*, ou élément psychologique, sur la pratique, ou élément matériel. En réalité, l'*opinio juris* ne pouvant être établie que par la prise en compte d'une certaine pratique, les deux éléments restent pris en compte dans une même perspective ; v. Prosper WEIL, « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1992-VI, tome 237, p. 170 ; Luigi CONDORELLI, « La coutume » in M. Bedjaoui (dir.), *Droit international. Bilan et perspectives*, Tome I, Paris, Pedone, UNESCO, 1991, pp. 198-199 ; Laurence BOISSON de CHAZOURNES, « Qu'est-ce que la pratique en droit international ? » in S.F.D.I., *La pratique et le droit international*, Paris, Pedone, 2004, pp. 19-20. L'ensemble renvoie à une appréhension du phénomène coutumier que l'on peut résumer à partir de la citation suivante : « il paraît exact, comme le prétendent les objectivistes, que la norme coutumière vient consacrer une règle largement inspirée par les nécessités sociales. Il demeure, cependant, que le passage reste obligé par une forme ou une autre de consentement, fût-il tacite, émanant des Etats auxquels on prétend imposer la norme [...]. Loin de garder l'idée simpliste de la nécessité de privilégier dans la formation de la coutume soit la volonté soit la société, on doit au contraire comprendre que la contrainte sociale

DÉBATS ET OPTIONS MÉTHODOLOGIQUES

qui suivent. Dans la perspective de l'« approche restrictive » –parfois qualifiée de « classique»– décrite plus haut, on se concentrera ici sur l'évolution de la règle par le biais de la coutume, étant entendu que, vu le caractère conventionnel de l'interdiction du recours à la force, cette évolution suppose en même temps que soient respectés les principes d'interprétation codifiés dans la convention de Vienne sur le droit des traités. Ainsi, l'invocation d'un droit nouveau (A), par hypothèse acceptée par l'ensemble des autres Etats (B), constituerait à la fois une évolution coutumière de la règle et une pratique ultérieurement suivie par les parties à la Charte et révélant un accord de ces dernières sur l'interprétation de ce texte¹⁰.

A. L'invocation d'un droit nouveau

On pourrait imaginer que, à la suite d'une intervention militaire controversée sur le plan juridique, mais largement acceptée comme légitime, le ou les Etats intervenants revendiquent une modification formelle de la Charte des Nations Unies, que ce soit par la voie d'une révision ou d'un amendement. L'hypothèse est cependant théorique –aucun précédent de ce type n'existant à ce jour– et se limiterait en tout état de cause à du droit conventionnel. En pratique, seule l'hypothèse d'une évolution par la voie informelle de la coutume peut être envisagée. Cette hypothèse suppose toutefois que l'on vérifie l'existence d'une véritable revendication juridique, ce qui implique:

- premièrement, la formulation d'une revendication ;
- deuxièmement; la formulation d'une revendication de type juridique ;
- troisièmement, la formulation d'une revendication juridique tendant à modifier, et non simplement à confirmer, la règle de la prohibition de l'emploi de la force.

1. La formulation d'une revendication

Il arrive régulièrement que, confronté à une accusation de violation de la règle interdisant l'emploi de la force, un Etat se contente de nier les faits. Ce cas de figure est assez fréquent¹¹, et couvre généralement les cas

naît elle-même de l'affrontement de volontés initialement contradictoires, mais amenées à composer les unes avec les autres. Autant dire qu'il peut y avoir aussi des situations dans lesquelles un ou plusieurs Etats se verront pratiquement contraints d'accepter l'opposabilité à leur égard de la règle générale, ce qui, ainsi que l'affirment les objectivistes, manifeste la puissance normative des contraintes sociales » (Pierre-Marie DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 2002, tome 197 (tiré à part), pp. 168-169 ; v. aussi, du même auteur, *Droit international public*, 7^e ed., Paris, Dalloz, 2004, pp. 328-331, n°325-327).

¹⁰ En référence à l'article 31§3 de la Convention ; v. Mary Ellen O'CONNEL, « Taking *Opinio Juris* Seriously, A Classical Approach to International Law on the Use of Force », *loc.cit.*, p. 22 ; Gionata Piero BUZZINI, « Les comportements passifs des Etats et leur incidence sur la réglementation de l'emploi de la force en droit international général » in *Customary International Law on the Use of Force. A Methodological Approach*, *op.cit.*, pp. 101-102.

¹¹ Jean COMBACAU, « The Exception of Self-Defence in U.N. Practice » in A. Cassese (ed.), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, Dordrecht/Boston/Lancaster, Martinus Nijhoff, 1986,