



Article scientifique

Article

2013

Published version

Open Access

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

Deux arguments nocifs pour le droit international public

Kolb, Robert

How to cite

KOLB, Robert. Deux arguments nocifs pour le droit international public. In: Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht, 2013, vol. 23, p. 337–350.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:44859>

SZIER

Schweizerische Zeitschrift
für internationales
und europäisches Recht

RSDIE

Revue suisse
de droit international
et européen

23. Jahrgang

3/2013

23^e année

Deux arguments nocifs pour le droit international public

ROBERT KOLB

Le sort international des avoirs de prévoyance professionnelle à la suite de démariage: Réflexions à l'occasion d'une réforme

GIAN PAOLO ROMANO

Praxisberichte / Chroniques

La pratique suisse relative aux droits de l'homme 2012 (HOTTELIER & MARTENET)

Rechtsprechung zum internationalen Schuld-, Gesellschafts-
und Zwangsvollstreckungsrecht (SCHWANDER)

Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2012)

Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2012)

(CASSANI, GLESS, ECHLE, GARIBIAN & SAGER)

The Jurisprudence of the World Trade Organization in 2012

(COTTIER, NAEF, PAYOSOVA, POLANCO, SACO & SIEBER-GASSER)

Case Notes on International Arbitration (II) (PATOCCHI & FAVRE-BULLE)

Swiss Review
of International
and European Law

Schulthess §

Rivista svizzera
di diritto internazionale
e europeo

Inhaltsübersicht/ Table des matières

Tagungen/Workshops 336

Aktuell/Actualité

ROBERT KOLB

Deux arguments nocifs pour le droit international public..... 337

Artikel/Article

GIAN PAOLO ROMANO

Le sort international des avoirs de prévoyance professionnelle à la suite de démariage: Réflexions à l'occasion d'une réforme 351

Praxis/Chronique

MICHEL HOTTELIER & VINCENT MARTENET

La pratique suisse relative aux droits de l'homme 2012 403

IVO SCHWANDER

Rechtsprechung zum internationalen Schuld-, Gesellschafts- und Zwangsvollstreckungsrecht 441

URSULA CASSANI, SABINE GLESS, REGULA ECHLE, SÉVANE GARIBIAN & CHRISTIAN SAGER

Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2012) Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2012)... 467

THOMAS COTTIER, TOBIAS NAEF, TETYANA PAYOSOVA, RODRIGO POLANCO, VICTOR SACO & CHARLOTTE SIEBER-GASSER

The Jurisprudence of the World Trade Organization in 2012 505

PAOLO MICHELE PATOCCHI & XAVIER FAVRE-BULLE

Case Notes on International Arbitration (II) 541

Deux arguments nocifs pour le droit international public

par **Robert Kolb**¹

Table des matières

- I. Introduction
- II. La violation du droit masquée par la manipulation
- III. L'inflation du droit international par des arguments idéologiques
- IV. Conclusion

I. Introduction

1. On sait que le droit international public est considéré par de larges cercles de la population (quand elles réussissent déjà à s'en faire une idée) comme un phénomène très éloigné du droit proprement dit. Il est perçu surtout comme un ensemble de règles relevant plus de l'aspiration que de l'effectivité. S'y ajoute que l'application du droit international à un état de fait est rarement perçue par le public, les politiciens et la presse comme une application impersonnelle du droit, mais plutôt comme un rapport de force dans lequel une puissance ou instance étrangère tente d'imposer son point de vue intéressé ; si bien qu'il convient le cas échéant d'y résister, en opposant son propre intérêt sacré. La « politique d'austérité » liée à l'Euro n'est ainsi guère vue dans sa dimension juridique (quoi qu'on en pense politiquement) : l'application des traités européens. Elle est vue dans sa dimension politique : l'imposition des marchés financiers, le diktat des banques, la volonté prépondérante de l'Allemagne, etc. Les hommes et femmes de droit non-spécialistes du droit international, ne sont pas moins sceptiques mais plus subtils. Leur argument sera souvent que le droit international ne peut guère être imposé contre le sujet récalcitrant ; que la prédominance de l'auto-interprétation par les sujets de droit aboutit souvent à un habillage *post festum* d'une politique de pur intérêt avec des vêtements juridiques apologetiques ; ou encore que les normes juridiques internationales sont souvent trop élastiques (et sont maintenues dans cet état diminué par les Etats, intéressés à se ménager des marges de manœuvre et de manipulation), si bien qu'il est possible

¹ Professeur de droit international public à l'Université de Genève ; membre du Comité de rédaction.

d'en donner des interprétations trop variées. Dans certains Etats, des colorations particulières s'y ajoutent. Ainsi, aux Etats-Unis d'Amérique, malgré l'adage trompeur de 'international law is part of the law of the land', cette branche du droit soit n'est pas enseignée du tout, soit est enseignée comme en tant que 'US foreign relations law', en somme comme du droit interne voué aux relations extérieures. Peut-être y a-t-il encore une faible réverbération qu'il existe aussi un droit international proprement dit, *out there*, très loin dans le paysage international: des murmures lointains des Nations Unies et de la Cour internationale de Justice, voire d'autres Etats, ou d'autres encore. Cet état des choses n'est pas unique aux Etats-Unis d'Amérique; au regard de leur importance politique, il y obtient toutefois un poids singulier. Il n'est pas nécessaire ici d'insister sur le cas de figure d'une hostilité idéologique franche et directe au droit international, comme celle qui agite actuellement certains cercles politiques de la droite en Suisse. Le droit international y est vu comme un droit étranger non-démocratique, qui n'a pas lieu de primer le bon droit suisse consacré par la légitimité populaire d'une démocratie (partiellement) directe. Tout cela pour dire que le droit international ne se trouve déjà par lui-même pas dans une position de sinécure. Il doit quotidiennement lutter pour sa place contre une série d'obstacles, d'ornières et d'embûches.

2. Mis à part ces difficultés congénitales, il y a aussi les ornières évitables, par exemple les arguments spécieux auxquels un opérateur peut être tenté de recourir afin d'obtenir un avantage immédiat. Ces arguments sont nocifs pour le droit international et contribuent à moyen et à long terme à le saper. Le droit international est ici une victime collatérale d'une stratégie argumentative cherchant à justifier une certaine conduite comme conforme à ses exigences. Il y a deux arguments de ce type, chacun d'entre eux d'une mouture très différente. En premier lieu, il s'agit de l'attitude consistant à tordre et à manipuler des normes pour leur faire dire ce que l'on souhaite, au lieu d'admettre franchement une violation du droit. Une violation du droit international en fonction d'un intérêt national supérieur est ici abritée derrière les façades lénitives de constructions dont l'opérateur espère tirer quelques avantages. En second lieu, il y a la tendance, soutenue et fertile dans certains cercles fortement messianiques, de faire dire au droit international tout ce qu'ils pensent qu'il devrait dire, en fonction de l'image d'un bien supérieur qu'ils se font. C'est là le domaine des opérateurs et des auteurs « engagés », c'est-à-dire fortement idéologiques. Ils déprécient le droit positif issu de la pratique (en principe effective) des Etats, préférant en donner une image plus idoine à leurs idées généreuses. Ce qui ne doit pas être ne peut pas être; d'où la nécessité de le repenser.

II. La violation du droit masquée par la manipulation

3. Il a pu être dit que l'admission franche d'une violation du droit peut être moins nocive au droit international que le recours à des subterfuges argumentatifs douteux pour essayer de justifier coûte que coûte une attitude contraire au droit comme étant conforme à celui-ci². Dans le premier cas, il y a la violation du droit, ce qui affaiblit les attentes sociales en la stabilité que celui-ci cherche à promouvoir. Dans le second cas, il s'ajoute à cette violation matérielle une couche de cynisme, de manipulation et d'hypocrisie, qui atteint beaucoup plus fondamentalement la foi dans le droit au sein du corps social. Parfois, il est vrai, une certaine dose « d'hypocrisie » peut même être saine et nécessaire dans l'application du droit. Ainsi, il est constant qu'une majorité d'Etats pratiquement peu ou prou régulièrement la torture. En même temps, ils n'affirment pas que le droit les y autorise, mais se justifient généralement en invoquant des bavures, des excès de zèle, des incidents isolés, et ils promettent d'y porter remède. Personne n'est réellement trompé par ce discours bien dosé. Toutefois, le droit peut ici s'en tenir à ce que les Etats affirment (leur *opinio juris*) plutôt à ce qu'ils font (leur pratique effective), car, après tout, une modification de la règle coutumière prohibitive de la torture supposerait que l'opinion sur ce qu'est le droit évolue elle-même. Une simple violation du droit ne crée jamais une nouvelle norme, si les sujets concernés ne modifient pas en même temps leur conception sur ce que devrait être la règle applicable. Or, dans le cas que nous analysons ici, il ne s'agit pas de cela : le droit est violé ; cette violation n'est pas regrettée et remédiée, elle est niée et justifiée par la manipulation. Plutôt que de mettre ouvertement la face et de rester, sinon dans la *bona fides*, du moins dans une certaine loyauté, on se dérobe et on pratique à la place la fausseté et la fourberie.

4. L'affirmation selon laquelle l'admission de la violation du droit vaut souvent mieux que sa manipulation grimaçante (et même d'ailleurs l'admission de telles manipulations) suppose assez manifestement que la norme juridique ne soit pas perçue comme impliquant à devoir absolu d'obéissance. Et en effet, le devoir juridique ne repose jamais sur une contrainte (un *Müssen*), ni d'ailleurs sur un devoir moral inamovible, mais en dernière analyse toujours sur une libre adhésion, qui est en principe due (un *Sollen*). Il est constant qu'il existe des si-

² W. Friedmann, « General Course in Public International Law », *RCADI*, vol. 127, 1989-II, p. 78ss, et p. 83 : « It is hardly necessary to point out that assertions such as those quoted here are barely disguised forms of contempt for international law. In the present lecturer's opinion, the approach described earlier, which openly claims the priority of national policy over international law in certain situations is not as harmful as the purely rhetorical use of international law ».

tuations dans la vie dans lesquelles un sujet peut estimer devoir raisonnablement s'écarter du droit en vigueur, soit pour des raisons de conscience (on peut penser au service militaire) soit pour d'autres motifs impérieux. Certains de ces motifs sont reconnus par l'ordre juridique lui-même, à travers la notion de nécessité. Ainsi, un automobiliste qui enfreint les règles de la circulation routière pour acheminer une personne grièvement blessée à l'hôpital dans les meilleurs délais se trouvera couvert par la circonstance excluant l'illicéité relative à l'état de nécessité. Mais même quand le droit ne reconnaît pas cette excuse, le sujet possède en définitive le pouvoir de décision ultime pour savoir s'il veut ou s'il ne veut pas honorer la règle. S'il ne l'honore pas, il s'expose aux conséquences juridiques rattachées au fait illicite. Dans certains domaines du droit international, de telles situations de violation en dehors de la justification de la nécessité (très strictement définie dans ce corps du droit) sont fréquentes. Il en est ainsi de l'application des normes juridiques internationales sur le territoire d'un Etat par ses organes internes. En effet, il arrive non rarement que le droit interne applicable n'admette pas l'applicabilité directe des sources de droit international et que le législateur n'ait pas agi pour transformer des normes internationales en droit interne (systèmes dualistes); ou que la source du droit international soit subordonnée hiérarchiquement à une source du droit interne dans le droit interne de tel Etat; ou encore que les organes de droit interne donnent une interprétation erronée ou une application fautive de la norme internationale. Le résultat est à chaque fois que le droit international essuiera une violation. Celle-ci n'a toutefois pas pour effet la nullité du droit interne contraire, mais seulement les conséquences de la responsabilité internationale. Ceci pour montrer que le droit international est habitué à intégrer dans son «schéma» la question des violations du droit et à y apporter des réponses capillaires et réfléchies. C'est dire si la violation du droit n'est pas toujours nécessairement un «désastre». Elle ouvre la voie à une liquidation du fait illicite par des normes secondaires sur la responsabilité et maintient vif le discours sur le contenu du droit et sur son éventuelle adaptation. La violation est ainsi prévue et régentée par le droit; celui-ci la récupère et l'intègre dans son système. Par ailleurs, une certaine dose de violations des normes est inhérente au phénomène juridique. Si la déviation de la règle était quasiment inexistante, la règle n'aurait plus de sens pratique. Elle serait figée et hors contexte, comme une hypothétique prohibition de bondir d'un saut de la terre sur la lune.

5. Des exemples de manipulations en cause ici sont fréquents, sans toutefois abonder autant que d'aucuns le croient. Parfois, elles s'accompagnent de la célèbre phrase que si les conseils juridiques ne vous disent pas ce que vous voulez entendre, il n'y a qu'à les changer. La guerre d'Irak fournit un bon exemple de cette technique. Il ne faisait aucun doute que selon le droit international en vigueur, l'attaque contre l'Irak en 2003 constituait une violation de ce droit et de

ce fait d'ailleurs un véritable acte d'agression. Ce constat n'implique aucun jugement de valeur, ni n'est anti-américain : la violation des règles de droit international sur le non recours à la force par des opérations militaires d'une certaine envergure s'appellent en droit international des agressions, tout comme on parle en droit interne d'homicide intentionnel dans le cas d'un homicide volontaire. Une situation de légitime défense étant impossible à plaider, à défaut d'attaque armée de la part de l'Irak (et à défaut aussi de toute menace d'attaque imminente), la coalition d'Etats autour des Etats-Unis d'Amérique tenta d'abord de se couvrir de la Résolution 1441 du Conseil de sécurité. Or, celle-ci n'autorisait pas l'utilisation de la force si l'Irak ne se conformait pas aux exigences du Conseil de sécurité. Elle prévoyait une nouvelle séance du Conseil pour apprécier la prétendue violation par l'Irak et les conséquences à en tirer. Pour obtenir le vote de la résolution par la Russie et la Chine, les Etats-Unis et leurs alliés avaient fait des déclarations en ce sens : «no hidden trigger» était le mot d'ordre ; le Conseil se réunira à nouveau et décidera. L'argumentation en vertu de cette Résolution, tentée d'abord, s'avérant particulièrement faible et exposée, une autre ligne d'arguments fut présentée. Elle n'est ni plus solide ni moins aventureuse. L'argument consistait à dire que la Résolution 687 du Conseil de sécurité, adoptée à la fin de la guerre de libération du Koweït en 1991, contenait à la fois une série d'exigences imposées à l'Irak et aussi un cessez-le-feu mettant un terme au conflit armé. En 2003, en ne coopérant pas de manière suffisante avec les autorités internationales chargées du désarmement de l'Irak (selon le jugement des Etats-Unis et de certains de ses alliés), l'Irak aurait violé les exigences posées par la Résolution 687 comme condition du cessez-le-feu. Ainsi, la violation emporterait comme conséquence que le cessez-le-feu de la Résolution 687 serait terminé ou suspendu (par analogie avec le régime du droit des traités en cas de violation substantielle d'un traité, article 60 CVDT de 1969), si bien que la Résolution 678, celle qui autorisait l'utilisation de la force en vue de libérer le Koweït, serait de nouveau applicable. Elle autoriserait plus de dix ans après son adoption l'utilisation de la force par les Etats-Unis dans la région. Il n'est point utile de réfuter ici cette argumentation. Elle est manifestement mal fondée, ne fût-ce que parce que seul le Conseil de sécurité peut constater la violation des exigences de la Résolution 687 et les conséquences à y rattacher, non pas chaque Etat membre des Nations Unies.

6. Certes, le vice a aussi sa propre vertu. En affirmant la licéité de leur action dans un domaine aussi sensible que l'utilisation de la force, les Etats-Unis et leurs alliés évitaient certaines conséquences fâcheuses, tant du point de vue politique que du point de vue juridique. Politiquement, il est difficilement imaginable qu'un Etat admette que son utilisation de la force est «illégal», qu'en d'autres termes il est en train de commettre une agression. Un Etat engagé dans de telles opérations a besoin du soutien de l'opinion publique. Il doit présenter

sa guerre à la fois comme juste et comme légale. La guerre moderne est un domaine où la propagande est d'une importance vitale. Gare à perdre le soutien de l'opinion, notamment dans un pays démocratique, dans lequel la population n'est pas aisément prête à accepter des campagnes militaires à l'étranger, qui plus est si elles sont ouvertement qualifiées d'illicites. Juridiquement aussi, il y a de bonnes raisons de recourir au maquillage. Admettre franchement la violation, c'est admettre sa propre responsabilité internationale pour fait illicite. Cela sous-tend au fond une acceptation de faire réparation. En l'espèce, admettre l'illicéité de la campagne militaire en Irak c'était de plus reconnaître être l'auteur d'une agression. De ce constat juridique peuvent découler des conséquences, à l'avenir même devant la Cour pénale internationale (bien que sa compétence en la matière soit savamment dosée et surtout limitée). Il est vrai que tous les exemples de travestissements grimaçants du droit ne touchent pas à des domaines aussi sensibles que l'utilisation de la force. Or, il s'agit à chaque fois de questions que les Etats tiennent pour importantes, voire parfois pour vitales. Ils ne recourent pas à des constructions spécieuses articulées pour des vétilles; ils ne s'exposent pas à la critique et à l'opprobre si le jeu n'en vaut pas la chandelle. Cet état des choses comporte un autre élément. Etant donné que la tendance à ces formes de travestissement n'existera que dans des cas d'intérêts tenus pour importants; étant donné qu'en plus la tentation d'y recourir sera dans ces cas assez marquée, il se trouvera dans ces domaines une concentration relativement importante de cette figure argumentative. Or, s'agissant d'intérêts importants, ces affaires sont fortement médiatisées. L'exemple de l'Irak n'a pas été choisi au hasard. Tout un nombre de personnes ne s'occupant pas professionnellement du droit international ne le verront souvent à l'œuvre que dans ces cas, que les médias rapportent; et ils l'y verront non rarement en mauvaise posture, soit par sa violation franche, soit par les maquillages dont il a été question. Il serait cependant erroné de tirer des conclusions hâtives de ce que les sondeurs appelleront une base d'induction non représentative.

7. L'analyse de ce premier argument nocif au droit international révèle donc en substance des paysages contrastés. D'un côté, l'argument de W. Friedmann sur la supériorité de la violation ouverte mérite certainement d'être retenu. Il faut que les opérateurs étatiques en tiennent précieusement compte. Confrontés à une situation où ils pensent devoir violer le droit, les Etats concernés doivent studieusement chercher les moyens par lesquels cette violation pourra avoir les effets les plus contenus (application des concepts de nécessité et de proportionnalité à la violation du droit) et endommager le moins possible le système juridique international. Même lorsqu'ils se sentent obligés à s'écarter des chemins de la légalité positive, ces Etats ne cessent pas d'avoir un intérêt manifeste à ce que le système de droit international continue à fonctionner, y compris en relation avec le très grand nombre de droits subjectifs, de pouvoirs

ou de facultés dont ils sont titulaires. En admettant franchement la violation, le système subit le moins de pertes collatérales. Le droit connaît le problème de sa violation ; il possède même des règles pour l'organiser, la canaliser et la traiter. La manipulation endommage beaucoup plus gravement le système. Elle sape la confiance dans l'application du droit à un niveau beaucoup plus profond et installe l'idée qu'il est possible d'agir à loisir, quitte à construire après coup une justification juridique qu'il sera possible de laisser à des experts serviles : ils chercheront et donc ils trouveront. De l'autre côté, l'avantage de ne pas admettre la violation est de se préserver d'ornières politiques et juridiques immédiates. La tentation peut donc être grande de recourir à ces maquillages, car ils demandent significativement moins de courage politique. Trafiquer, c'est s'adonner à la facilité. Mais n'est-elle pas néanmoins appréciable ? En somme, il n'est donc pas possible de donner une réponse univoque à ce qu'il convient de faire. Tout ce que l'on peut suggérer est une pesée des intérêts très attentive et le recours au maquillage dans le moins de cas possible. Un livre célèbre dit que celui qui tirera l'épée mourra par l'épée ; ici, il faut attentivement considérer que celui qui maquille risque d'être la victime de maquillages.

III. L'inflation du droit international par des arguments idéologiques

8. Tout droit vit dans un contexte social changeant et doit être interprété dans ce contexte. Nul législateur, quel qu'il soit, n'est parfait. Il faudra donc parfois pallier les lacunes qu'il laisse ou les injustices non voulues que ses règles induisent. L'interprétation est un instrument permettant de suffire à cette tâche fondamentale qui est de tenir le droit à la hauteur du temps et aussi à la hauteur des exigences que le corps social projette sur lui. Intervient alors la question de la mesure dans laquelle l'interprétation peut opérer cette conversion, question due notamment à la séparation des pouvoirs. Le législateur a pour tâche de faire le droit, c'est-à-dire de choisir les orientations politiques et les valeurs que le corps du droit positif reflètera. L'opérateur juridique, en particulier le juge, a pour fonction d'appliquer le droit, avec toute la latitude que cela implique, mais en étant quand même moins libre que le législateur dans l'affirmation de ce que sera le droit. Alternativement, cet opérateur peut s'inscrire sur un autre plan, qui est celui de la modification du droit existant. Il peut ici critiquer le droit tel qu'il existe et proposer des règles qu'il estime meilleures pour l'avenir. Mais il ne pourra pas imposer son point de vue de ce qu'il estime meilleur, parce que ce jugement n'engage que lui. Le processus législatif est un processus social où les points de vue les plus différents sont confrontés et où naît, de cette confrontation, une règle en quelque sorte sous forme de « résultante » (ce terme ne doit

toutefois pas être pris dans l'acception mécaniste qu'il a dans la géométrie). De ce qui précède, il découle un modèle pondéré et limité : les choix fondamentaux relèvent du seul législateur ; en tant qu'opérateur juridique, je ne suis pas autorisé à les subvertir du fait que j'ai la conviction de posséder du droit meilleur ; en d'autres termes, quand je parle dans une fonction sociale, je dois parler selon le droit de la société en cause, et non en mon propre nom. En même temps, l'interprétation et l'application des normes (ainsi que les conséquences de leurs collisions) laissent une marge de souplesse certaine pour une saine application des normes au cas d'espèce selon les exigences particulières des temps changeants et des circonstances particulières. En quelque sorte, le code génétique est prédisposé et la mise en chair de son programme codé reste à faire. Ainsi perçue, l'exécution de cette tâche doit se faire « à quatre mains ».

9. Cette approche équilibrée, fertile pour le droit international qu'elle aère et qu'elle fait respirer, est rompue par des orientations nettement plus hardies, faisant bon marché de l'élément positif du droit, pour accentuer au contraire sa plasticité au service de causes personnellement projetées ou autrement métastatiquement amplifiées. Le droit positif se transforme en un droit postulé. En même temps, son enracinement dans la réalité de la vie juridique internationale est perdu au bénéfice de constructions flottant dans des apesanteurs plus ou moins éthérées. Ces approches sont particulièrement fréquentes dans certaines matières du droit international, notamment dans le domaine des droits de l'homme, où pullulent les opérateurs les plus divers. Leur orientation militante a été fustigée par d'aucuns comme constituant du « droit de l'hommisme », terme péjoratif mettant au pilori une tendance à refaire entièrement le droit international en fonction de postulats plus ou moins aventureux sur le bien de l'humanité ou de tel ou tel groupe ou individu humains. De quelques dispositions sur les droits de l'homme, brèves énonciations presque programmatiques dans des textes fondateurs, d'aucuns ne se gênent pas de tirer des conclusions très articulées sur des droits individuels ou de groupe, en passant parfois par des obligations positives (afin que la jouissance des droits reconnus dans les textes devienne effective et pratique, et non seulement théorique) ou par des effets mirifiques du *jus cogens*. Le droit international humanitaire (ou droit des conflits armés) est pour l'instant moins « contaminé » par de telles approches, mais il ploie aussi progressivement sous leur poids. C'est la raison pour laquelle un éminent spécialiste de ce corps du droit international a pu écrire dans des termes soigneusement choisis et foncièrement amusants : « The second category of manipulators deserves more sympathy, but is equally dangerous for IHL : those who claim that every one of their humanitarian wishes is already fulfilled by the existing law binding on States [...]. [T]hey weaken the rules which are actually accepted by States by giving the belligerents the impression that IHL is

the agenda of professional do-gooders, which cannot be respected in actual warfare»³.

10. Des exemples pour cette catégorie de manipulations abondent. Elles sont statistiquement plus fréquentes dans le spectre de gauche de l'échiquier politique, auprès de personnes dont l'existence et l'œuvre est surtout celle du militantisme. De même, elle est plus fréquente chez des non-juristes que chez des personnes ayant fait de bout en bout des études de droit. La manipulation a pour but d'éliminer la contradiction entre la règle positive de droit international et les visions subjectives de ce qu'elle devrait être chez l'opérateur individuel. Le mécanisme est ici celui de la projection : le désir personnel se fraie un chemin vers la réalité ; l'opérateur proclamera donc que la règle positive a la teneur qu'il lui prête ; il ne reculera pas devant l'obstacle de la réalité, mais au contraire suivra la vision constructiviste que la réalité est ce qu'on en fait. Le but de ces manipulations est généralement généreux. Il s'agit de revoir l'ancien et poussiéreux droit international dans le sens des exigences projetées de plus d'humanité, de plus de droits individuels, de plus de justice sociale. On n'hésitera donc pas à gonfler les droits sociaux et économiques, en faisant dire au « droit (subjectif) au logement » que chacun a un droit justiciable à un logement. On n'hésitera pas davantage à lire le droit des réfugiés de manière large et téléologique, pour l'étendre à toute personne fuyant des conditions difficiles chez elle (et non seulement la persécution politique). On tirera du droit d'accès à la justice le droit de toute personne de citer devant des tribunaux des Etats étrangers, en écartant d'un revers de main l'immunité (par l'arme du *jus cogens*). Ou encore, on affirmera que l'autodétermination des peuples, prévue dans la Charte des Nations Unies et formant aussi du *jus cogens*, emporte la nullité de tous les traités d'investissements, car ceux-ci ne sont pas compatibles avec la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, qui forme une facette du principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. La nullité sera ici la conséquence de l'application du principe du *jus cogens* ou découlera de la primauté musclée de la Charte en vertu de l'article 103 de celle-ci. Qu'il soit permis de dire au passage (même si ce n'est pas notre sujet) qu'étendre les droits subjectifs des individus (c'est-à-dire la titularité de situations juridiques subjectives favorables en vertu de droits de l'homme) ne se présente pas simplement comme un progrès. En effet, tout droit subjectif a pour corollaire une obligation dans le chef d'un autre sujet. Il n'existe pas de droit subjectif sans obligation correspondante, car le droit subjectif doit être réalisé contre quelqu'un (il en va autrement de la faculté ou du privilège). Si l'on augmente donc le nombre de droits

³ M. Sassoli, «The Implementation of International Humanitarian Law : Current and Inherent Changes», *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 10, 2007, p. 49-50, 50.

subjectifs, on augmente concomitamment et exactement en proportion le nombre des obligations. La question est ici celle de la redistribution : pour qui augmente-t-on les droits et pour qui augmente-t-on au contraire les obligations ? Si les obligations sont surtout celles de l'Etat, à savoir de la collectivité, il est tout de même permis de se demander combien on pourra demander à l'Etat, au vu du fait que ses ressources financières et autres ne sont pas illimitées. C'est là une réalité qu'on semble lentement redécouvrir à travers le processus douloureux de la crise des Etats européens.

11. Les dangers de ces manipulations – dont le but est si différent de celles de la première catégorie – sont évidents. Le plus grand d'entre eux est qu'on discrédite le droit international. Si celui-ci n'est que le terrain de jeu des idéologies masquées derrière l'écran apparent du droit, pourquoi accorder du crédit à ce droit ? Pourquoi, moi, en tant qu'Etat, je devrais me faire donner des leçons sur ce qu'est le droit international par un militant sans autre légitimité, appliquant des normes dans lesquelles je ne me reconnais nullement ? La sécurité juridique d'un tel droit est aussi fortement réduite : chaque opérateur pourra l'agrémenter de ses inventions diverses et variées. Qui plus est, et même si ce problème dépasse en bonne partie celui des manipulations, le droit international risque dès ce moment d'être assimilé à un bord politique et à être dès lors combattu par l'autre. En Suisse, du fait des votations populaires, le droit international est perçu par le citoyen ordinaire à travers les droits de l'homme ; lorsqu'il vote sur les initiatives, on lui oppose parfois la contrariété du texte proposé par les initiants avec le droit international ; ce droit international sera presque toujours celui de la CEDH (parfois aussi les accords bilatéraux avec l'UE, notamment celui sur la libre circulation des personnes). A cet égard, des blocs se forment : la gauche soutiendra le « droit international (droits de l'homme) », qu'elle aura souvent tendance à inflationner ; du coup la droite le combattra. Est-il besoin d'insister sur le fait qu'il s'agit là d'une tendance néfaste, étant donné que le droit international n'est ni de gauche ni de droite ? Il n'est pas rare de lire dans des journaux quotidiens en Suisse des lettres de lecteurs, affirmant par exemple que bientôt les biens pensants de gauche nous apprendront qu'il y a un « droit de l'homme (CEDH) à la maturité » (c'est-à-dire au baccalauréat). Affleure ici la dérision du « droit à tout » à travers un mouvement de droits de l'homme ayant perdu toute boussole et toute modestie, se gérant presque comme un législateur du monde. Il est permis d'ajouter que la partie droite de l'échiquier politique a aussi ses thèmes de droit international favoris et tout autant inflationnés. En Suisse, il s'agira typiquement de la souveraineté et de la neutralité. On fera dire à la souveraineté que l'Etat a le droit (juridique ?) de violer le droit international, c'est-à-dire de décider en étant affranchi de toute limite. Quant à la neutralité, des postulats d'isolationnisme et d'hostilité à tout ce qui est étranger, acceptables tout au plus sous la mouture de la politique de neutra-

lité, qui est discrétionnaire, seront plus ou moins savamment confondus avec la notion de neutralité au sens juridique, qui est, comme on le sait, notablement plus ciblée et plus étroite. Ainsi, en somme, chacun des bords politiques aura son « droit international » manipulé, c'est-à-dire amplifié, tuméfié et fantasmatique. L'exposé du droit est ici fondamentalement subordonné à des partis pris idéologiques que cet exposé reflète et sert. On comprend aisément que le droit international sort dénaturé d'une telle approche, car il n'est pas fait pour servir de telles fins. Le droit international a pour ainsi dire son idéologie propre, ancrée dans son code génétique où se mêlent inextricablement l'internationalisme et la reconnaissance du pluralisme étatique ; il n'est pas fonction d'idéologies allogènes et subjectives, que greffent sur lui de l'extérieur des opérateurs individuels en fonction de leurs convictions changeantes.

12. Un autre danger de ces approches projectives est d'ouvrir la porte aux émulations. Il n'est pas peu fréquent, en droit international notamment coutumier, qui est un droit à croissance heurtée et par à-coups, se développant de précédent en précédent, que des affirmations sur le droit avancées dans telle situation inspirent les opérateurs de l'avenir. Si ces affirmations devaient inspirer la pratique étatique ou institutionnelle future (notamment les organes des organismes intergouvernementaux), aucun problème ne surgit. Le législateur est libre d'avaliser telle ou telle proposition. En revanche, si ces affirmations inspirent les opérateurs de l'avenir autres que ceux mentionnés, notamment des juges, arbitres ou autres experts décideurs, le risque est d'aboutir à la création d'univers parallèles, pour ne pas dire schizophrènes. A un droit international effectivement pratiqué s'opposera un droit international postulé et grouillant, qui n'aura guère d'autre effectivité que les proclamations et (quasi-)décisions dans lesquelles il sera incorporé. Il s'agira d'un *law in spe* détaché et concurrent au *law in practice*. Dans le domaine de la formation et de l'enseignement, il ne sera pas rare que de larges pans de ce droit seulement postulé soient enseignés, si l'enseignant est lui-même conquis par l'approche généreuse que ces orientations font trop manifestement miroiter. Ce ne sera pas rare, car l'enseignant de droit international est fondamentalement quelqu'un de généreux – sinon aurait-il choisi cette branche du droit ? Cet état des choses est nocif en cela qu'il prépare le lit à des déconvenues. Il n'est pas sain pour l'esprit humain d'être trop fréquemment confronté à la déception des attentes, voire des certitudes, créées. De telles déceptions répétées préparent le désabusement et le cynisme. On risque alors de jeter le bébé avec l'eau du bain, étant donné que l'excès d'optimisme générera bien plus fréquemment un excès de pessimisme qu'un réajustement du balancier vers les sphères médianes du spectre. Or, c'est ce qui risque d'arriver : après ses études, confronté à la réalité, l'étudiant constatera que le droit international effectivement vécu n'est guère celui qu'il a appris – et, ce qui est pire : en lequel il a cru. D'où les mécanismes de compensa-

tion dont il a été question : la déception, le découragement, le pessimisme. L'attitude plus prometteuse aurait sans doute été d'éviter les manipulations et de s'inscrire dans un registre plus rigoureux. Au constat plus honnête et sans complaisance du droit existant (dans ses marges non négligeables d'interprétation, dans laquelle il faut inclure l'interprétation téléologique), il sera loisible de joindre une critique réfléchie et si nécessaire cinglante de l'état du droit positif, en s'engageant le cas échéant dans des réflexions sur la *lex ferenda*. Ce n'est que dans des cas hautement exceptionnels, et en tant que décideur, qu'il sera possible de méconnaître le droit positif, si le degré d'injustice de son application atteint des proportions tellement graves que l'opérateur ne peut pas le concilier avec sa conscience la plus élémentaire. Ce qu'il doit faire en tout premier lieu dans ce cas, serait le plus souvent de démissionner de son poste. Les réflexions afférentes à ce problème particulier ne peuvent être poursuivies ici, car elles soulèvent une question de toute autre amplitude et texture que la nôtre.

13. Avant de conclure, il n'est peut-être pas inutile de rappeler que la position défendue dans les lignes précédentes n'est pas une apologie déguisée du positivisme juridique et de ses méthodes. Il n'est en effet ni soutenu que toute norme juridique édictée dans une procédure formellement impeccable doive en toute circonstance valoir, sans égard aucun à son contenu (comme le montre le dernier aspect soulevé sous le no 12) ; ni que le droit international ne repose que sur l'accord des Etats ; ni qu'il faille interpréter les normes du droit international dans un sens invariablement strict pour respecter la liberté et la souveraineté originaire des Etats ; ni enfin que les Etats soient les seuls législateurs en matière de droit international. Le propos est ici beaucoup plus limité, situé et pratique. Il s'agit de la manière d'aborder le droit en tant qu'opérateur professionnel : s'inscrit-on dans le registre du droit positif ou parle-t-on d'autre chose ? Il ne peut faire de doute que le droit est un objet extérieur à l'opérateur individuel et qu'il le trouve jusqu'à un certain point préconstitué, sa mission étant dans les cas considérés ici de l'appliquer (et non se s'engager dans sa révision). S'il n'en était pas ainsi, chacun pourrait prétendre que le droit est ce qu'il aimerait qu'il soit. Il est fondamentalement question ici d'une certaine éthique professionnelle, à la fois fermée (application de la norme) et ouverte (discussions intersubjectives sur le contenu de la norme et interprétations), dont il s'agit de ne pas quitter les sentiers. Ce que cela implique et les degrés de marge d'action dépendent du contexte, du moment historique, de la capacité du législateur de changer le droit ou à défaut d'une telle capacité de la nécessité que le juge le fasse à sa place, des normes en cause, des sujets entre lesquels ces normes valent ainsi que leurs relations, et sans doute aussi du tempérament personnel. Mais ce processus, aussi peu qu'il puisse être embrigadé dans des corsets stricts, ne verse pas pour autant dans l'illimitation. L'opérateur, à travers ce que les ju-

ristes appellent parfois l'expérience de la vie, doit peu à peu et contextuellement développer un sens du «jusqu'où on peut aller trop loin».

14. Il peut arriver, dans cette deuxième catégorie de techniques manipulatoires comme dans la première, qu'une pesée des intérêts et l'écoute de l'appel de la conscience, poussent un opérateur à préférer le mal éventuel d'un engagement frisant, voire dépassant, la limite tracée ci-devant. Un motif évident en ce sens peut-être l'éminence de l'intérêt à protéger et / ou l'urgence d'une action face à la menace que ce bien encourt. L'interprétation très expansive du droit international peut sembler à l'opérateur un moindre mal, qu'il peut et qu'il doit accepter. Il n'est pas certain, par exemple, que face à un dommage environnemental de grande amplitude, il faille toujours résister à solliciter tous les registres des normes du droit international, fût-ce hardiment, voire très hardiment. Autre exemple : l'auteur de ces lignes aurait toute propension à solliciter à l'extrême le droit applicable – et pour le moins à exprimer une dissidence puissante *de lege ferenda* si nécessaire – s'agissant de la chasse à la baleine que le Japon ne veut pas abandonner. Chacun a ainsi sa conscience (et parfois aussi ses agendas) – mais cette même conscience devrait aussi indiquer les limites à ne pas dépasser et l'attention à porter à la question. Les considérations précédentes montrent en tout cas que toute manipulation ne peut pas toujours être évitée, ni qu'elle constitue toujours et nécessairement le plus grand mal. On touche ici à des sphères très complexes – thématiques fréquemment par la philosophie du droit – dans lesquelles l'application du droit soulève de graves problèmes de conscience pour tel ou tel opérateur. C'est dans le silence ultime de sa conscience que la lutte sera menée et devra être tranchée.

IV. Conclusion

15. Cette contribution a brièvement mis l'accent sur deux modalités d'approcher le droit international dans des contextes donnés. Elles ont en commun la manipulation normative pour arriver à des fins qu'elles se proposent d'atteindre, bien que les buts qu'elles poursuivent soient dans la majorité des cas diamétralement opposés. Il a été plaidé ici que l'effort d'éviter ces pratiques manipulatoires, tant quand elles sont centrées sur l'intérêt national que quand elles se proposent d'atteindre au bien-être de l'humanité toute entière, sert davantage le droit international, à court et à long terme, que la conduite contraire. Il peut toutefois arriver dans un cas comme dans l'autre, que l'attitude manipulatoire ne puisse pas être évitée, au regard d'un intérêt supérieur ou au regard d'une pesée soigneuse des intérêts en cause. Aucune réponse univoque, tranchée ou définitive ne peut donc être offerte au lecteur, sauf une idée régulatrice au sens kantien du terme (une idée vers laquelle il faut tendre) : éviter autant que possi-

ble la manipulation. Cette conclusion est peut-être plus nuancée que tel ou tel lecteur l'aurait souhaité; en cela, elle n'est rien d'autre que le reflet de la complexité des choses de ce monde, où toute prise de position trop nette et trop simple risque d'être excessivement exposée. Au-delà de la complexité, cette nuance reflète également l'expérience de la vie, déjà mentionnée. Cette dernière apprend à celui qui veut l'entendre que ses idées et ses visions ne sont qu'une partie possible du vrai, et que s'il veut continuer à pouvoir atteindre cette fraction du vrai, il n'a d'autre chemin que celui de sa propre «dé-narcissisation». Et malgré cela, l'expérience de la vie lui montre aussi qu'il ne peut et qu'il ne doit cesser d'avoir ses convictions, et qu'il doit agir dans la mesure du possible de manière cohérente avec elles.