

LA PRATIQUE ET LA RÈGLE DE DROIT RÉFLEXIONS À PROPOS DE LA SECONDE GUERRE DU GOLFE

par

Ornella Ferrajolo

Chercheur du Conseil National de la Recherche
Institut d'études juridiques internationales, Rome

Résumé : La nouvelle stratégie de sécurité nationale des Etats-Unis a eu un premier cas d'application dans la seconde guerre du Golfe. Est-il à craindre que cette pratique va changer les principes du droit international concernant l'emploi de la force ? Heureusement, la modification d'une règle coutumière ou son extinction par désuétude ne se font pas aussi simplement.

Abstract : The second Gulf war was the first result of the United States' new national security strategy. Should we fear that this represents a modification of existing international practice and principles regarding the use of force ? Happily, in international law, rules of custom cannot be so easily changed nor abandoned to disuse.

Note : Cet article a été rédigé en juin 2003 et réactualisé en février 2004 avant d'être publié.

La Société française pour le droit international (SFDI) a consacré son Colloque annuel 2003 au rapport entre la pratique et la règle de droit dans l'ordre juridique international¹. Ce sujet, relatif aux sources du droit et en particulier à la coutume, est assurément un des plus classiques en droit international. A présent, il réveille de nouvelles appréhensions chez les juristes, par le fait que la pratique courante des Etats-Unis – membre permanent du Conseil de sécurité et première puissance mondiale – contredit sans nuances quelques principes fondamentaux du droit international, considérés jusqu'ici comme intouchables.

Me trouvant dans la double position d'avoir assisté au Colloque de la SFDI, qui a été très riche en analyses et en suggestions, et d'avoir, à mon tour, patiemment travaillé à un recueil de la pratique italienne de droit international², je vais présenter ici quelques réflexions à ce sujet. Celles-ci porteront notamment sur les conséquences que la seconde guerre du Golfe³ pourrait avoir sur l'état de la règle coutumière interdisant l'emploi de la force dans les relations entre Etats.

¹ Colloque 2003 de la Société française pour le droit international, organisé conjointement par la Faculté de droit de l'Université de Genève et l'Institut universitaire de hautes études internationales, Genève, 15-17 mai 2003 (ci-après « Colloque de Genève »). Société française pour le droit international, *La pratique et le droit international*, Paris, Editions A. Pedone, 2004, 308 p. Informations disponibles sur le site de la SFDI, <www.sfdi.org>.

² MARCHISIO (S.), FERRAJOLO (O.), JAVICOLI (V.), MARCELLI (F.) (éd.), *La Prassi italiana di diritto internazionale III Serie (1919-1925)*, 8 volumes, Roma, Consiglio Nazionale delle Ricerche, 1995.

³ Nous parlons ici de la « seconde » guerre du Golfe, en faisant référence à l'intervention militaire qui a été effectuée à partir du 20 mars 2003 en Irak par une coalition d'Etats menée par les Etats Unis et considérant que la « première » guerre du Golfe a été l'intervention effectuée en 1991 avec l'autorisation du Conseil de sécurité (résolution 678 de 1990) suite à l'invasion du Koweït par l'Irak. Il faut pourtant préciser que l'intervention de 2003 pourrait être aussi considérée comme la « troisième » guerre du Golfe, si l'on estime que le conflit entre l'Iran et l'Irak (1980-1988) est la première. Nous ne le faisons pas ici, car il s'agissait d'un conflit qui n'a pas comporté d'interventions militaires de la part de forces armées coalisées ou mandatées par l'ONU ou par des organisations régionales.

I. – LE NON RECOURS À LA FORCE AVANT ET APRÈS LE 11 SEPTEMBRE 2001

La pratique courante des Etats-Unis semble indiquer une désaffection de plus en plus marquée à l'égard du droit international, y compris vis-à-vis des conventions récentes dont le but est le développement progressif de ce droit⁴.

Dans ce cadre, le problème plus aigu est l'érosion apparente de la règle concernant le non recours à la force. Il est bien connu que dans la Charte des Nations Unies cette interdiction générale (art. 2 § 4) ne connaît que deux exceptions : le recours à la force de la part du Conseil de sécurité en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales (art. 24 et chapitre VII de la Charte) et le « droit naturel » de légitime défense reconnu aux Etats dans le cas où ils seraient l'objet d'une agression armée (art. 51 de la Charte). L'interdiction du recours à la force en dehors de ces circonstances, qui était initialement l'une des principales innovations du droit de l'ONU par rapport au droit international général, s'est consolidée par la suite comme une règle coutumière⁵, censée correspondre à un principe impératif du droit international contemporain.

Cela s'avérait, par ailleurs, dans un monde où le terrorisme n'avait pas encore fait une aussi sinistre apparition. Toutefois, après l'attentat du 11 septembre 2001 contre les « Twin Towers », le monde n'a plus été le même. Il semble que le droit international, lui non plus, n'est pas le même⁶. On a débuté par le concept d'une guerre qui, étant dirigée contre le terrorisme international, ne se fait pas nécessairement contre un Etat, mais peut se faire n'importe où et contre quiconque. Bien que quelques juristes ont contesté le bien fondé de cet inattendu *ius ad bellum*⁷, on est passé ensuite à revendiquer un droit de l'Etat de recourir à la force armée, non seulement en réaction à la menace d'une attaque imminente (droit de légitime défense *préventive* - qui a quelques précédents dans la pratique des Etats), mais également avant même qu'une telle menace à sa sécurité nationale ne puisse se concrétiser (défense dite *préemptive*)⁸. Ainsi, les Etats-Unis et leurs alliés ont déclenché une guerre contre l'Irak en fondant leur intervention sur le fait – selon eux - que cet Etat ne respectait pas les résolutions du Conseil de sécurité en matière de désarmement et que le régime de Saddam Hussein entretenait des rapports délictueux avec les terroristes. Il faut ajouter que ce régime s'était également rendu coupable, à l'égard de la population irakienne, de graves violations des droits de l'homme, autrement dit de crimes contre l'humanité. Que le Conseil de sécurité lui-même ne soit pas parvenu, sur ces éléments, à décider de mesures impliquant le recours à la force n'a pas été considéré par cette coalition – à la différence de nombreux autres Etats et d'une large part de l'opinion – comme un obstacle insurmontable.

Sur le point de l'illicéité de la seconde guerre du Golfe, c'est à dire de sa non conformité avec la Charte des Nations Unies, je ne voudrais rien ajouter aux commentaires qui ont déjà été faits, y compris dans cette *revue*⁹. En particulier, je partage l'opinion qu'aucune interprétation dynamique de la Charte, ni de la résolution 1441 (2002) du Conseil de sécurité - menaçant l'Irak de « graves conséquences » s'il continuait à manquer à ses obligations internationales -, ne saurait justifier, d'un point de vue juridique, le déclenchement de la guerre suite à une décision individuelle de quelques Etats membres de l'ONU.

⁴ Voir le cas de la non ratification du Statut de la Cour pénale internationale, qui a été suivie par la conclusion d'accords bilatéraux relatifs à la non remise à la Cour de citoyens américains.

⁵ Arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (C.I.J. *Recueil*, 1986, pp. 14 et ss., par. 172-179).

⁶ CASSESE (A.), « Terrorism is also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law » et DUPUY (P.-M.), « The Law after the Destruction of the Towers ». – Discussion Forum, *European Journal of International Law* <http://www.ejil.org/forum_WTC>. Voir aussi STERN (B.), « Le contexte juridique de "l'après" 11 septembre 2001 », in *Le droit international face au terrorisme*, sous la direction de BANNELIER (K.), CHRISTAKIS (T.), CORTEN (O.), DELCOURT (B.), Paris, A. Pedone, 2002, pp. 3-32.

⁷ PELLET (A.), « No, This is not War! » et GAJA (G.) « In What Sense was There an "Armed Attack" ? ». – Discussion Forum, *précité*.

⁸ Cf. le document issu de l'Administration américaine le 17 septembre 2002 concernant la nouvelle stratégie nationale de sécurité des Etats-Unis (*The National Security Strategy of the United States of America*, September 2002, <<http://www.whitehouse.gov/nsc/nss.pdf>>. Sur ce point, *infra*, II, B.

⁹ V., en particulier, CHARVIN (R.), « La guerre anglo-américaine contre l'Irak et le droit international : "Apocalypse Law" ». – *Actualité et Droit International*, avril 2003. <<http://www.ridi.org/adi>>. Cf. aussi LAGHMANI (S.), « Du droit international au droit impérial ? Réflexions sur la guerre contre l'Irak ». – *Ibidem*.

Le fait que l'intervention militaire en Irak a eu lieu en dehors du cadre des Nations Unies a produit également des conséquences dans la gestion de l'après-guerre. En effet, l'occupation militaire du pays de la part des Etats qui ont effectué l'intervention et la création d'une Autorité provisoire de la coalition chargée de l'administration du territoire¹⁰ ont fait en sorte que les principes juridiques applicables sont à rechercher, plus que dans le droit de l'ONU, dans le droit de la guerre¹¹. Le Conseil de sécurité dans sa résolution 1483 (2003), tout en reconnaissant les pouvoirs et les responsabilités spécifiques des Etats-Unis et du Royaume-Uni en tant que puissances occupantes, selon le droit international applicable, a revendiqué le « rôle crucial » de l'ONU dans le domaine humanitaire, dans la reconstruction du pays et dans la création d'institutions nationales permettant l'établissement d'un gouvernement représentatif¹². Ces principes ont été réaffirmés dans la résolution 1511 (2003) par laquelle le Conseil de sécurité a souligné le caractère temporaire des pouvoirs exercés par l'Autorité provisoire de la coalition et a sollicité l'Autorité de les remettre, dès que possible, au peuple irakien¹³. Cependant, il ne semble pas que les Nations Unies soient parvenues à jouer un rôle effectif dans le contexte d'une situation qui, malgré l'arrestation de Saddam Hussein en décembre 2003 et nonobstant des progrès vers la transition politique, reste en général caractérisée par une grave instabilité et par une tragique succession d'attentats terroristes¹⁴.

Concernant les conséquences juridiques de ces événements, il a été remarqué que « la désuétude de la Charte des Nations Unies semble désormais très avancée » et que les Etats-Unis semblent imposer progressivement « une sorte de pratique coutumière de plus en plus éloignée des principes fondamentaux du droit international »¹⁵. En effet, le non-respect de l'article 2 § 4 de la Charte et l'application de l'article 24 § 1 et du chapitre VII de la Charte, pour lesquels la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales appartient au Conseil de sécurité, pourraient remettre en cause non seulement le système de sécurité collective mis en place par la Charte des Nations Unies, mais encore la règle coutumière concernant le non recours à la force dans les relations entre Etats.

Heureusement, la modification d'une règle coutumière ou son extinction par désuétude ne se font pas aussi simplement. Il est vrai que cette « pratique subséquente » relative à l'application de la Charte, ou plutôt à son inapplication, pourrait être appréciée comme la manifestation d'une règle émergente non écrite concernant les limitations du recours à la force, qui serait plus flexible et moins contraignante par rapport à la règle appliquée jusqu'ici¹⁶. Cette conclusion présuppose, d'autre part, la présence de certaines conditions, dont l'évaluation doit être très prudente, d'autant plus que la thèse à vérifier concernerait la prétendue action normative d'une pratique *contra legem*, tendant à se substituer à une règle de droit¹⁷.

Le point concernant les conditions qui doivent être en présence pour que la pratique des Etats puisse produire un quelconque effet juridique¹⁸ a trait aux différentes conceptions de la coutume internationale. La question ayant fait l'objet, au fil des années, de discussions innombrables de la part de juristes très autorisés, je n'ai aucunement la prétention de la rouvrir ici¹⁹. Toutefois convient-il de

¹⁰ Cf. le Règlement n. 1 instituant l'Autorité provisoire de la coalition, adopté le 16 mai 2003 par l'Administrateur des forces anglo-américaines, Paul Bremer, <<http://www.cpa-iraq.org/regulations/REG1.pdf>>.

¹¹ Cf. NGUYEN-ROUAULT (F.), « L'intervention armée en Irak et son occupation au regard du droit international ». *Revue générale de droit international public*, 2003-4, spéc. pp. 853 et ss.

¹² Cf. le préambule de la résolution S/RES/1483 (2003) du 23 mai 2003, 7ème et 13ème alinéas. Voir aussi la résolution S/RES/1500 (2003) du 14 août 2003, préambule, 3ème alinéa.

¹³ S/RES/1511 (2003) du 16 octobre 2003, paragraphes 1, 6 et 8.

¹⁴ Y compris l'attaque dirigée contre le bureau de l'ONU à Bagdad qui a eu lieu le 19 août 2003 et a entraîné la mort de 22 personnes, dont le Représentant spécial du Secrétaire général de l'ONU, Sergio Vieira de Mello. Voir le Rapport du Secrétaire général au Conseil de sécurité du 5 décembre 2003, S/2003/1149, paragraphes 17 et suivants. Cf. également « Report of the Independent Panel on the Safety and Security of UN Personnel in Iraq », 20 October 2003, <<http://www.un.org/News/dh/iraq/safety-security-un-personnel-iraq.pdf>>.

¹⁵ CHARVIN (R.), « La guerre anglo-américaine [...] ». – *Précité*, pp. 4 et 6.

¹⁶ En 1986 la Cour internationale de Justice a conclu à la quasi-identité de contenu du principe en droit conventionnel et en droit coutumier (affaire des *Activités militaires et paramilitaires* [...], *précité*, par. 175) ; néanmoins, cette correspondance pourrait ne pas être parfaite (voir l'opinion individuelle du juge Roberto Ago, même arrêt) ou bien s'être modifiée par le temps.

¹⁷ La « dissonance » entre la règle juridique et la pratique inclut les trois cas de la pratique *prater legem*, *extra legem* et *contra legem*, le dernier étant évidemment celui qui peut impliquer le plus de conséquences du point de vue du changement du droit : BOISSON de CHAZOURNES (L.), « Qu'est-ce que la pratique en droit international ? », Rapport présenté au Colloque de Genève.

¹⁸ Au cours du Colloque de Genève, plusieurs rapporteurs ont souligné l'« autonomie » de la pratique par rapport à la règle de droit, voire le fait que l'incidence de la première sur la seconde est tout à fait éventuelle.

¹⁹ Sur la « nature particulière et même controversée » de la coutume en tant que source du droit international, cf. DAILLIER (P.), PELLET (A.), *Droit international public*, 7^e éd., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2002, pp. 322 et s.

rappeler qu'une règle internationale coutumière ne peut résulter que de deux conditions réunies : a) une pratique générale (élément matériel ou *diuturnitas*) ; b) la reconnaissance du caractère obligatoire de la règle non écrite (élément psychologique ou *opinio juris*)²⁰.

Quant à l'interprétation de ces éléments (notamment le second), il faut noter que la formation ou la modification d'une règle coutumière n'ont rien à voir avec la volonté des Etats, bien que ceux-ci soient parfois bien conscients du fait que leur pratique peut contribuer à orienter l'évolution du droit existant²¹.

Enfin, pour ce qui concerne la méthode de recherche, j'admets ma préférence pour l'idée que l'évaluation de chacun des deux éléments constitutifs a la même importance. Cela me dispense, entre autres, d'avoir à réconcilier l'approche dite « traditionnelle » (interprétation de la pratique par voie d'induction) avec l'approche dite « moderne » (reconstruction de l'*opinio juris* à travers les traités et les déclarations, par voie de déduction), à l'aide d'une théorie récemment proposée, qui, faisant prévaloir l'élément matériel ou l'élément subjectif selon le cas, parvient, me semble-t-il, à encourager une sorte de « coutume à la carte »²². En particulier de nos jours, face à l'aptitude révolutionnaire adoptée par certains Etats à l'égard de règles existantes, il convient de s'en tenir à des critères restrictifs consolidés, au lieu d'accréditer des méthodes de plus en plus discrétionnaires pour apprécier les éléments constitutifs de la règle de droit.

II. – LA SECONDE GUERRE DU GOLFE A-T-ELLE MODIFIÉ LA RÈGLE DE DROIT ?

A. – L'élément matériel ou de la conduite des Etats

La seconde guerre du Golfe a représenté le dernier et le plus inquiétant agissement d'une série qui a marqué l'éloignement progressif de la « communauté internationale » du modèle de sécurité collective résultant de la Charte de l'ONU. A première vue, il paraît donc qu'une pratique largement répandue en ce sens s'est déjà développée. Néanmoins cela n'est vrai que dans un sens très général, c'est-à-dire qu'à partir de 1990 un certain nombre d'interventions militaires ont été effectuées en dehors des circonstances qui étaient considérées auparavant comme les seules pouvant légitimer l'emploi de la force en droit international. Sur un plan technique, l'appréciation de la pratique pertinente est bien plus complexe. En effet, puisque ces agissements sont intervenus dans des circonstances très variées, ils sauraient être difficilement appréciés comme des précédents répétés d'une même conduite, témoignant de l'existence d'une pratique constante et généralisée, comme le requiert la formation d'une règle coutumière²³.

La pratique en question a commencé à se développer en 1991, lors de la première guerre du Golfe. Elle a concerné initialement des interventions qui, dépassant l'inapplication des articles 43 et suivants de la Charte, ont été effectuées par des coalitions d'Etats membres, sur la base de l'autorisation préalable du Conseil de sécurité. Dans un second temps, cette pratique a inclut des situations où l'on a prétendu voir dans certaines résolutions du Conseil de sécurité une autorisation qui n'avait pas été donnée expressément (autorisation dite « implicite ») ou encore la volonté du Conseil de remédier au manque d'autorisation par voie d'approbation successive²⁴. Parmi les cas d'autorisation « implicite » se situe, par exemple, l'opération « Renard du désert », entreprise contre l'Irak en décembre 1998. La même année a eu lieu l'intervention de l'OTAN au Kosovo, vis-à-vis de laquelle ont été invoquées à la fois l'autorisation implicite et l'approbation postérieure.

²⁰ La coutume est « [la] preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit » (art. 38, 1, b, du Statut de la C.I.J.). Sur ce concept, qui s'est consolidé dans la jurisprudence à partir de l'arrêt de la Cour permanente de Justice internationale de 1927 dans l'affaire du *Lotus*, cf. DUPUY (P.-M.), *Droit international public*, 4^e édition, Paris, Dalloz, 1998, pp. 293 et ss. Voir aussi, du même Auteur, « Théorie des sources et coutume en droit international contemporain », in *Le droit international dans un monde en mutation. Liber amicorum en hommage à E. Jimenez de Arechaga*, Montevideo, Fundación de cultura universitaria, 1994, pp. 51 et ss.

²¹ ARANGIO-RUIZ (G.), « Consuetudine internazionale », in *Enciclopedia giuridica Treccani*, VII, Roma, 1989, pp. 7 et s.

²² ROBERTS (A.E.), « Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: a Reconciliation ». – *American Journal of International Law*, 2001, pp. 757-791.

²³ La pratique qui relève pour la règle de droit présuppose une continuité ou, du moins, une certaine fréquence de comportements identiques : CARREAU (D.), *Droit international public*, 5^e éd., Paris, Pedone, 1997, pp. 263 et ss.

²⁴ V. SICILIANOS (L.-A.), « L'autorisation par le Conseil de sécurité de recourir à la force : une tentative d'évaluation ». - *Revue générale de droit international public*, 2002-1, pp. 42 et ss.

En outre, y a-t-il eu des cas où des Etats, se fondant sur l'article 51 de la Charte, ont proposé un concept élargi de légitime défense, pour justifier des attaques armées malgré l'absence d'un acte d'agression. Dans cette catégorie on peut distinguer des précédents, pour ainsi dire, plus « classiques », concernant le droit de défense préventive (réclamé déjà en 1962 lors de la crise de Cuba, et plusieurs fois par la suite, soit par les Etats-Unis que par Israël) et une version postérieure à l'attentat du 11 septembre 2001, concernant la défense dite préemptive (« *preemptive defence* »), dont la seconde guerre du Golfe a donné un exemple.

Finalement, on peut mentionner au moins une intervention (celle de l'OTAN au Kosovo), qui, se situant décidément en dehors du droit des Nations Unies, a été fondée prétendument sur le droit international général, duquel ressortirait la licéité d'une intervention ayant pour but de mettre fin à des crimes internationaux, dans le cas où le Conseil de sécurité serait impuissant à intervenir²⁵.

Augmentant la confusion, ces divers éléments se sont parfois mêlés, par effet d'une évolution spontanée des circonstances de fait ou suite à l'habitude des Etats impliqués de proposer n'importe quelle argumentation afin de donner à leur conduite l'apparence d'une légitimation en droit international.

L'examen de tous ces antécédents ne constitue pas l'objet de cet article (il me faudrait pour cela beaucoup plus de science et de temps)²⁶. Toutefois, en regardant, même de façon superficielle, les circonstances de la seconde guerre du Golfe, on voit mal comment celle-ci se vanterait d'avoir un seul précédent dans la pratique susmentionnée.

Ce cas, en effet, ne peut s'assimiler à ceux où il a été question d'une autorisation implicite du Conseil de sécurité, du fait que des membres du Conseil, y compris la France et la Russie, membres permanents disposant du droit de veto, ont déclaré sans ambiguïté, lors de l'adoption de la résolution 1441 (2002), que celle-ci ne pouvait pas être interprétée comme autorisant l'emploi de la force contre l'Irak. C'est la raison pour laquelle les Etats-Unis, le Royaume-Uni et l'Espagne ont présenté deux fois – le 24 février et le 7 mars 2003 – le projet d'une seconde résolution, qui n'a pas été adopté suite à l'opposition des deux membres permanents susmentionnés ainsi que de l'Allemagne²⁷.

Quant aux raisons humanitaires qui pourraient éventuellement justifier la seconde guerre du Golfe, il est indiscutable que l'intervention militaire en Irak a mis fin au régime répressif du passé, a conduit à l'arrestation de Saddam Hussein et de plusieurs fonctionnaires irakiens accusés d'avoir perpétré des crimes internationaux et a créé les conditions nécessaires afin que ces personnes puissent être jugées de leurs crimes dans leur propre pays²⁸. De ce point de vue, un précédent pourrait être le bombardement du Kosovo de la part de l'OTAN, par rapport auquel on s'était déjà demandé si cette intervention « humanitaire » pouvait être la manifestation d'une règle générale en voie de formation, selon laquelle l'emploi de la force serait légitime dans le cas où il n'y aurait pas d'autre moyen pour mettre fin à des crimes internationaux²⁹. Cependant, l'attaque portée par l'OTAN contre la République fédérale de Yougoslavie a eu pour but de mettre fin à une crise humanitaire qui était en cours au moment où l'action militaire s'est déroulée. De surplús, il ne s'agissait pas d'une violation de l'article 2 § 4, mais plutôt de l'article 53 § 1 de la Charte³⁰, ce qui pourrait éventuellement indiquer l'insuffisance survenue des critères régissant les compétences respectives de l'ONU et des organisations régionales dans le maintien de la paix et de la sécurité internationales, sans pourtant infléchir la norme qui interdit aux Etats de recourir unilatéralement à l'emploi de la force. Il est presque inutile de remarquer que dans le cas de l'attaque contre l'Irak, non seulement aucune crise humanitaire n'était en cours, mais encore la décision de déclencher la guerre a été prise en dehors de tout cadre institutionnel, universel ou régional.

²⁵ Pour une évaluation de cette intervention comme la manifestation d'une « pratique nouvelle » voir, entre autres, PELLET (A.), « "La guerre du Kosovo" – Le fait rattrapé par le droit ». - *Forum du droit international. La Revue de l'Association du droit international*, 1999-3, pp. 160-165.

²⁶ Voir l'analyse exhaustive de PICONE (P.), « La guerra contro l'Iraq e le degenerazioni dell'unilateralismo ». - *Rivista di diritto internazionale*, 2003, pp. 329-393.

²⁷ Cf. S/2003/214.

²⁸ A cette fin, un Tribunal spécial irakien a été institué : cf. l'Ordonnance de l'Autorité provisoire de la coalition n. 48 du 9 décembre 2003 (CPA/ORD/9 Dec 2003/48, <http://www.cpa-iraq.org/regulations/20040110_CPAORD48_IST.pdf>).

²⁹ CASSESE (A.), « *Ex iniuria ius oritur* : Are We Moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community ? ». - *European Journal of International Law*, 1999, pp. 23-30.

³⁰ L'article 53 § 1 de la Charte dispose que « [l]e Conseil de sécurité utilise, s'il y a lieu, les accords ou organismes régionaux pour l'application des mesures coercitives prises sous son autorité. Toutefois, aucune action coercitive ne sera entreprise en vertu d'accords régionaux sans l'autorisation du Conseil de sécurité [...] ».

Quant aux situations pour lesquelles un droit de légitime défense ne correspondant pas aux termes et à l'esprit de la Charte a été invoqué, le précédent qui se rapproche le plus de la seconde guerre du Golfe est sans doute l'opération « Liberté immuable ». Pourtant, même dans ce cas les différences sont remarquables. En effet, l'intervention de 2001 en Afghanistan, qui a conduit à la fin du régime des Talibans, a été la conséquence de l'attentat du 11 septembre 2001, soit la riposte à une attaque d'une violence inouïe, portée sur le territoire des Etats-Unis contre la population américaine. S'il est vrai que cette réaction a soulevé de justes perplexités, eu égard au concept juridique de l'agression, ainsi qu'aux principes généraux régissant l'imputation d'un fait illicite³¹, on ne peut pas négliger que la complicité du gouvernement de l'Afghanistan à l'égard des terroristes d'al-Qaida avait été constatée par le Conseil de sécurité dans une longue série de résolutions restées inexécutées. Tel n'a pas été le cas pour la guerre contre l'Irak. Le lien entre Saddam Hussein et les organisations terroristes n'étant pas suffisamment prouvé, la menace probable qui, aux dires des Etats-Unis et de leurs alliés, rendait inévitable une intervention préventive, consistait essentiellement dans la présence supposée d'armes de destruction massive, que personne toutefois – ni les inspecteurs de l'ONU, ni cette même coalition d'Etats – n'a su déceler, jusqu'à présent, sur le territoire de l'Irak.

En conclusion, la seconde guerre du Golfe, ne pouvant se rattacher de façon convaincante à aucun précédent, représente un cas isolé dans la pratique des Etats.

B. – L'élément subjectif ou de l'opinion des Etats

Dans la recherche d'une règle coutumière, l'évaluation de l'élément psychologique est sans doute l'aspect plus complexe. Dans notre cas, cette évaluation est facilitée du fait de l'existence de déclarations des sujets concernés, y compris le document du 17 septembre 2002, réunissant les discours officiels du Président Georges W. Bush sur la nouvelle stratégie de sécurité nationale des Etats-Unis³².

Les principes directeurs de cette stratégie sont bien connus : les Etats-Unis sont déterminés, comme une question de « sens commun et d'autodéfense »³³, à agir pour faire face aux menaces dérivant du terrorisme avant que celles-ci ne puissent se concrétiser ; par conséquent, tout en s'efforçant de rallier l'appui de la communauté internationale, ils n'hésiteront pas à agir seuls, s'il le faut, en exerçant leur droit de légitime défense de manière préventive (thèse dite du « *first strike* »)³⁴. Du document en question, il ressort clairement que, ceci faisant, les Etats-Unis s'estiment pleinement dans leur droit. Toutefois le droit auquel on fait référence n'est certainement pas le droit international ; il s'agit plutôt, comme il a été remarqué, d'un droit interne américain, concernant les relations extérieures³⁵. Quant à l'ordre juridique international – celui qui régit les relations entre Etats selon des principes généralement acceptés – l'opinion des Etats-Unis eux-mêmes est bien différente. Sur ce point, en effet, le document en question précise que le droit international a reconnu pendant des siècles que les nations n'ont pas à subir une attaque sans pouvoir légitimement se défendre, dans le cas où cette attaque ou la menace de cette attaque serait imminente, et que le concept de menace imminente doit être maintenant révisé pour faire face aux menaces nouvelles résultant du terrorisme global³⁶.

Laissant de côté la première affirmation, qui considère la défense préventive comme légitime, il est intéressant de noter que les Etats-Unis reconnaissent que la thèse du « *first strike* » n'a pas de fondement en droit international. En effet, ils demandent la *révision* de ce droit (ce qui n'est pas dans la capacité d'un seul gouvernement), afin d'élargir ultérieurement le concept de légitime défense. Ainsi, l'*opinio juris* des Etats-Unis ne va pas dans le sens de la licéité de la seconde guerre du Golfe selon le droit existant. Ceci est d'autant plus vrai que le gouvernement américain a cherché jusqu'à la

³¹ CORTEN (O.), DUBUISSON (F.), « Opération "Liberté immuable" : une extension abusive du concept de légitime défense ». – *Revue générale de droit international public*, 2002-1, spéc. pp. 55-70.

³² *The National Security Strategy of the United States of America*, cité *supra*, note 8, page 2.

³³ *Ibidem*, deuxième page de l'Introduction.

³⁴ *Ibidem*, p. 6.

³⁵ LAGHMANI (S.), « Du droit international au droit impérial ? [...] ». – *Précité*, p. 8.

³⁶ « For centuries, international law recognized that nations need not suffer an attack before they can lawfully take action to defend themselves against forces that present an imminent danger of attack. [...] We must adapt the concept of imminent threat to the capabilities and objectives of today's adversaries » (*The National Security Strategy [...] - Précité*, p. 15, italiques ajoutés). Traduction en français de l'auteur : « Pendant des siècles, le droit international a reconnu que les nations n'avaient pas à subir une attaque sans pouvoir légitimement se défendre contre des forces qui présentaient un danger imminent d'attaque. [...] Nous devons maintenant adapter le concept de menace imminente aux capacités et aux fins des adversaires d'aujourd'hui ».

dernière heure de légitimer l'intervention en Irak à travers l'autorité du Conseil de sécurité, ce qu'il a fait, par ailleurs, de façon incohérente, ayant recours à la fois à la thèse de l'autorisation implicite qui ressortirait de la résolution 1441 (2002), ainsi qu'à la tentative (échouée) d'obtenir une nouvelle résolution. Tout cela indique que, dans l'opinion des Etats-Unis, cette attaque n'a pas été portée conformément au droit international, mais plutôt *malgré* celui-ci.

Quant à l'opinion des autres sujets, il est bien connu qu'un groupe de pays, dont le nombre est supérieur à celui des Etats qui ont participé effectivement aux hostilités, s'est rallié à la position anglo-américaine. Par ailleurs, les Etats qui ont protesté - et dont la France a été le chef de file en Europe - sont bien plus nombreux. Cela a fait en sorte que la décision d'intervenir en Irak n'a été partagée par aucune organisation internationale, y compris l'OTAN et l'Union européenne, dont la solidarité à l'égard des Etats-Unis et la coopération dans la lutte contre le terrorisme international sont pourtant bien connues. Sur ce point, la seconde guerre du Golfe a marqué, par rapport à l'intervention en Afghanistan, une nouvelle considération des arguments en présence et une augmentation considérable des pays opposés à l'emploi de la force. Vraisemblablement, ces protestations sont dues non seulement aux conditions spécifiques de cette attaque - qui étaient, en droit, encore moins acceptables - mais aussi à la prétention unilatérale des Etats-Unis d'ériger en système des interventions préventives fondées sur un concept de légitime défense de plus en plus discutable.

En ce qui concerne toujours l'évaluation de l'élément subjectif, le dernier aspect à considérer est le silence. En effet, il y a eu des Etats qui ne se sont pas prononcés sur la licéité de la guerre ou dont la conduite et les déclarations ont été ambiguës³⁷. En outre, on peut se demander pourquoi l'Assemblée générale des Nations Unies n'est pas intervenue à travers une résolution qui, certes, n'aurait pas empêché le déclenchement de la guerre, mais aurait marqué de façon influente la distance existante entre la majorité des Etats et la nouvelle « pratique » américaine³⁸. Il faut pourtant rappeler que, dans la recherche d'une règle coutumière, l'absence de réactions ne doit pas nécessairement être interprétée comme un acquiescement, mais peut également s'expliquer par la prudence des sujets concernés³⁹.

En conclusion, ni les données concernant l'élément matériel, ni celles relatives à l'*opinio juris*, ne permettent de considérer la seconde guerre du Golfe comme autre chose qu'une violation du droit international. Cette violation - comme beaucoup d'autres dans le passé - n'a pas été sanctionnée et certainement elle ne va pas l'être par la suite. Celle-ci n'a pas non plus été constatée par l'ONU, et en particulier par l'Assemblée générale, qui est l'organe le plus représentatif de la communauté internationale. Cela ne change en rien sa qualification juridique. Or, il est évident qu'une ou plusieurs violations d'une règle de droit ne créent pas une règle nouvelle : du point de vue du droit coutumier, il serait erroné de reconnaître un tel effet à des faits illicites, alors que la règle violée continue d'être respectée par la généralité des Etats⁴⁰. A l'heure actuelle, on peut donc conclure à la non incidence de la seconde guerre du Golfe sur le principe du non recours à la force dans les relations entre Etats.

Cependant, puisqu'en droit international la coutume se fait par accumulation, la conclusion ci-dessus pourrait être renversée dans le cas où l'intervention en Irak serait suivie par d'autres interventions identiques sans provoquer l'opposition des Etats et des organisations compétentes. Cela d'autant plus que les Etats-Unis ont fait précéder la guerre en Irak d'une théorisation (la nouvelle stratégie de défense) tendant à remettre en cause la règle de droit. Jusqu'à présent il semble que cela, au lieu de consolider leur position, l'a plutôt affaiblie. En effet, si la seconde guerre du Golfe a provoqué autant de protestations alarmées, c'est qu'elle a été perçue non seulement comme un fait sans précédents dans la pratique des derniers cinquante ans (c'est-à-dire depuis que l'ONU existe), mais aussi comme un résultat concret de la nouvelle stratégie de défense et, peut-être, le premier d'une série à venir⁴¹.

³⁷ Tel a été le cas de l'Italie, dont le gouvernement a accordé aux forces anglo-américaines un appui limité aux opérations logistiques, et donc excluant les hostilités; cette subtile distinction s'est montrée, dans les faits, presque insaisissable.

³⁸ Sur le « profil bas » de l'Assemblée générale et des autres organes de l'ONU, cf. BEN ACHOUR (R.), « L'ONU et l'Irak ». – *Actualité et Droit International*, avril 2003. <<http://www.ridi.org/adi>>.

³⁹ KOHEN (M.), « Le rôle de la pratique dans le système des sources du droit international ». – Rapport présenté au Colloque de Genève.

⁴⁰ Sur la distinction qu'il faut faire entre une « contre-pratique motivée » et une violation du droit, cf. SUR (S.), « La coutume internationale ». – Extrait du *Juris-Classeur Droit International*, Paris, Librairies Techniques, 1990, p. 7.

⁴¹ Dans un document diffusé par le Département d'Etat le 30 avril 2003, sept pays étaient indiqués comme des Etats parrainant le terrorisme : la Corée du Nord, Cuba, l'Iran, l'Irak, la Libye, le Soudan et la Syrie (Département d'Etat, Programmes d'information internationale, *Rapport sur le terrorisme dans le monde en 2002 - Extrait*, <<http://usinfo.state.gov/regional/af/security/french/f3050101.htm>>).

De ce point de vue, la seconde guerre du Golfe est assurément un précédent dangereux. Il faudra attendre pour savoir si cela va conduire réellement à un revirement de la pratique, et par-là à une modification coutumière des règles existantes. Quoi qu'il en soit, eu égard au système des sources du droit international, un tel changement ne pourra certainement pas se produire par la « pratique » d'un seul Etat.

* * *

© 2003 2004 Ornella Ferrajolo. Tous droits réservés.

Mode officiel de citation :

FERRAJOLO Ornella. - « La pratique et la règle de droit. Réflexions à propos de la seconde guerre du Golfe ». - *Actualité et Droit International*, mai 2004. <<http://www.ridi.org/adi>>.