

ESSAI DE RÉFLEXION SUR LA PLACE DE L'ÉTHIQUE DANS LES ARTICLES DE LA CDI SUR LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

Raphaël MAUREL¹

Résumé

De l'éthique dans les Articles de la CDI sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite ? La question peut surprendre. Pourtant, l'éthique, entendue comme un processus de questionnement relatif à ce qui est considéré, à un moment et dans une société donnée, comme juste et bon, a à tout le moins constitué une source d'inspiration - c'est-à-dire une source matérielle - de certains articles voire de certains chapitres du projet. Plus encore, l'éthique peut être considérée comme la matrice d'une notion fondamentale du droit international contemporain, que l'on retrouve dans les Articles de 2001 : le *jus cogens*. Cette présence de l'éthique dans la construction des normes impératives du droit international peut être décelée tant dans la conception de la catégorie « *jus cogens* » que dans les modalités de son application. Finalement, il est possible de considérer que les Articles de 2001 – et potentiellement la codification dans son ensemble – participe d'une « éthique de la responsabilité » ; qui éclaire autrement le rôle de la Commission du droit international.

Abstract

Ethics in the ILC Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts? The question may come as a surprise. However, ethics, understood as a process of questioning what is considered, at a given time and in a given society, as just and good, has at least been a source of inspiration - in other words, a material source - of certain articles and even of certain chapters of the draft. Moreover, ethics can be seen as the basis for a fundamental notion of contemporary international law, which is found in the 2001 Articles: *jus cogens*. This presence of ethics in the construction of imperative norms of international law can be detected both in the conception of the category « *jus cogens* » and in the modalities of its application. Finally, it is possible to consider that the 2001 Articles - and potentially the codification as a whole - is part of an « ethic of responsibility » ; this shed new light on the role of the International Law Commission.

¹ Maître de conférences en droit public à l'Université de Bourgogne, CREDIMI (EA 7532), CEDIN (EA 382) et CMH (EA 4232).

Vingt ans après l'adoption, le 9 août 2001, des Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État, il apparaît doublement audacieux d'en proposer une nouvelle analyse, qui plus est sous l'angle de « l'éthique ».

Premièrement, les Articles ont fait l'objet de nombreuses études, au-delà des commentaires qui les accompagnent, de sorte qu'une étude contemporaine qui ne traiterait pas soit de l'actualité ou de la pratique de telle ou telle disposition, soit du sort des Articles devant telle ou telle instance nationale ou internationale peut d'emblée paraître suspecte. Deuxièmement, la grille de lecture proposée ne manquera pas d'interroger, voire de susciter le scepticisme. Quand bien même l'on définirait précisément « l'éthique », ce qui n'est pas chose aisée, considérer comme possible la lecture, à travers son prisme, de la « fabrication »² d'un autre champ normatif – ici, le droit de la responsabilité internationale – est certainement aventureux. L'un des principaux écueils d'une telle démarche consiste ainsi à proposer, consciemment ou non, une lecture militante d'un processus normatif ou, peut-être de manière moins heureuse encore, d'une norme prise isolément et détachée de son contexte.

Tout en tentant d'éviter cet écueil majeur, il est néanmoins proposé une relecture de cet « équilibre satisfaisant entre la prudence et l'audace »³ que sont les Articles, en adoptant au préalable une définition dynamique – et nécessairement imparfaite – de l'éthique. Ici comme parfois ailleurs⁴, l'éthique sera considérée comme un processus de questionnement sur le juste et le bon, dans une société donnée voire un groupe social donné, à un moment donné⁵. Ce questionnement peut être philosophique et abstrait ; lorsqu'il conduit à des positions universelles et intemporelles, on peut alors même parler de « morale » – que l'on distinguera de l'éthique par le fait que cette dernière est intrinsèquement relative, tant le temps comme dans l'espace⁶. Ainsi, l'éthique, champ normatif pouvant certes s'avérer nébuleux aux yeux du juriste positiviste mais qui existe bel et bien, en marge du droit⁷, peut parfois intégrer formellement ce dernier – en tant que déontologie, souvent – et

² L'expression est empruntée à M. BEDJAOUI, « La “fabrication” des arrêts de la Cour internationale de Justice », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, pp. 87-107.

³ A. PELLET, « Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Suite – et fin ? », *AFDI*, vol. 48, 2002, p. 22.

⁴ Nous nous permettons, sur les questions traitées dans ce paragraphe, de renvoyer à d'autres travaux récents : R. MAUREL, « L'éthicisation du droit international des investissements : un panorama », in R. MAUREL (dir.), *Le droit international des investissements au prisme de l'éthique*, Dijon, LexisNexis, Coll. des travaux du CREDIMI, 2021, pp. 3-8 et les références associées ; J.-F. KERLEO, « Libre avant-propos », in V. BARBE, J.-F. KERLEO, J. PADOVANI (dirs.), *L'éthique à l'épreuve de la crise*, Toulouse, Éditions l'Épilogue, Coll. L'Unité du Droit, 2021, pp. 18 et suivantes ; dans le même ouvrage, R. MAUREL, « La pandémie de Covid-19, révélatrice des enjeux éthiques du droit des organisations internationales », pp. 28-29.

⁵ L'on pense à Ricœur (par ex. P. RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, Paris, Éditions du Seuil, 1990, p. 237) et à ses analystes (par ex. V. LECOURT, *Le processus questionnant en éthique : une étude exploratoire à partir d'expériences individuelles et organisationnelles*, Thèse en sciences de gestion, HEC Montréal et Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2014, pp. 41-54).

⁶ *Contra*, de nombreux auteurs, y compris en droit international ne distinguent pas entre la morale et l'éthique. Adoptant une autre voie, Michel VIRALLY considère même qu'il existe une « étroite parenté qui unit le droit à la morale, compris tous deux dans le domaine de l'éthique, largement entendue » (M. VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1960, rééd. Éditions Panthéon Assas, Coll. Les Introuvables, en 2010, p. 76).

⁷ Dans le même sens, v. C. KESSEDIAN, V. PIRONON, *Droit du commerce international*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 2020, p. 108.

doit souvent s'articuler avec lui⁸. Elle n'est en tout cas, malgré sa séparation théorique historiquement opérée avec les sciences juridiques⁹, jamais totalement étrangère au processus normatif qualifié de « juridique ».

Ne pas être totalement étranger à un processus ne signifie cependant pas être visible, tangible ni même identifiable au-delà du doute raisonnable. Là est sans doute la principale difficulté méthodologique des études entendant examiner les rapports entre l'éthique et le droit – et *a fortiori* celle que l'on prétend engager : comment identifier *a posteriori* l'existence d'une inspiration éthique, d'un questionnement interne – qui plus est potentiellement inconscient – sans risquer de dénaturer la pensée du créateur de la norme, qu'il soit individuel ou collectif ? Ne s'agit-il pas toujours d'une reconstruction artificielle probablement erronée, faute de connaissance ou de compréhension des enjeux et préoccupations du moment ? Ces obstacles méthodologiques sont, il faut l'admettre, en partie insurmontables. En la matière, il n'est parfois possible que d'observer le contexte de la formation de la norme finale et de conjecturer, de manière la plus neutre, ouverte à la contradiction et précise possible, sur les interrogations qui ont pu traverser ses créateurs. Ledit contexte, qu'éclaire souvent la pratique de la norme, n'est néanmoins pas avare d'enseignements, de sorte que malgré ses évidentes limites, la démarche revêt – à notre sens – plusieurs intérêts.

Du point de vue de la *lex lata*, c'est-à-dire du droit *tel qu'il est*, elle permet, d'abord, de « désacraliser » l'objet juridique étudié, afin de montrer non pas – à titre principal – ses failles ou limites, mais son enracinement dans un contexte extra-juridique, que le positivisme juridique, dans sa version la plus technique, a parfois tendance à négliger. Plus encore, elle invite à mesurer la manière dont la norme s'est révélée ou non adéquate et pertinente compte tenu du contexte et de ses effets attendus, c'est-à-dire à analyser, *a posteriori*, si celle-ci a répondu au « fait social » qui a constitué le moteur de sa formation¹⁰. Cette lecture du droit, qui relève de l'objectivisme sociologique¹¹, peut certainement être discutée ; cependant, elle établit, dès lors qu'on l'accepte comme clé de lecture des processus normatifs, combien une réflexion sur la place de l'éthique dans ces processus peut apporter à la réflexion sur le « juste » voire sur la légitimité de la norme. Du point de vue de la *lex ferenda*, c'est-à-dire du droit tel qu'il devrait – du point de vue du commentateur – être, la démarche est sans doute au moins aussi pertinente, puisqu'elle peut aboutir à dévoiler des zones d'ombre exploitables pour qui souhaitera inciter à l'adoption de tel complément, de telle norme, de tel nouveau régime. La présente réflexion entend toutefois s'inscrire dans la première de ces deux dimensions ; elle consistera à vérifier l'hypothèse selon laquelle l'éthique, en tant que questionnement, est bien présente

⁸ Sur cette question, v. J.-F. KERLEO, « Articuler la morale, l'éthique et la déontologie avec le droit », in R. MAUREL (dir.), *Le droit international des investissements au prisme de l'éthique*, op.cit., pp. 23-40.

⁹ Sur le processus, à notre sens similaire, de séparation du droit et de la morale par les bâtisseurs du positivisme juridique, v. M. COTTEREAU, *La séparation entre droit et morale. Analyse d'une thèse constitutive du positivisme juridique*, Thèse Toulouse I Capitole, 2018, 687 p.,

¹⁰ Sur ce « fait social » source du droit – unique source matérielle, pour Léon DUGUIT – v. en particulier L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, Librairie Armand Colin, 1913, pp. 44-45, et, en droit international, G. SCELLE, *Précis de droit des gens. Principes et systématique. Première partie*, Paris, Sirey, 1932, pp. 2-6.

¹¹ On peut, avec Alain PELLET, définir l'objectivisme sociologique comme « un autre positivisme en ce qu'il s'efforce de décrire le droit tel qu'il est, dans toute sa complexité et de manière systématique, mais sans s'enfermer dans la *doxa* formaliste du volontarisme » (A. PELLET, « Le droit international à la lumière de la pratique : l'introuvable théorie de la réalité. Cours général de droit international public », *RCADI*, t. 414, 2021, p. 154 ; v. également pp. 155-160, spécifiquement sur la position de Scelle et ses limites).

« au sein » des Articles de la CDI de 2001, qu'il s'agisse du texte même ou du contexte de son adoption.

Il pourrait *prima facie* paraître pertinent de distinguer, au sein des Articles, ce qui relève de la codification de ce qui relève du développement progressif du droit international, en présupposant que la seconde catégorie offre plus de matière à réflexion quant à la prise en compte d'enjeux éthiques par définition contingents que la première – si l'on admet la définition évolutive de l'éthique retenue pour cette étude. Une telle entreprise n'est pourtant pas souhaitable. D'une part,

« si l'article 15 du Statut de la CDI s'efforce de distinguer (artificiellement ?) le développement progressif du droit international de sa codification, il en est autrement dans la pratique ; la CDI elle-même l'a clairement reconnu [...], pour finalement renoncer à cette distinction en adoptant une procédure unifiée, quelle que soit l'opération envisagée »¹².

Si la CDI n'a pas adopté de raisonnement ni de procédure distincte, il ne semble pas non plus approprié de déconstruire artificiellement la structure des Articles à la recherche de deux ensembles séparés. D'autre part, l'étude ne montre, à son terme, pas de différence de traitement « éthique » en fonction de la préexistence – ou non – de la norme codifiée.

Dès lors, une analyse globale apparaît plus indiquée. Elle confirme d'abord que l'éthique a constitué une source matérielle de plusieurs articles du texte de 2001 (I). Il est possible de l'approfondir jusqu'à se demander si le questionnement éthique n'a pas joué un rôle central dans l'identification – et la codification – de l'existence d'une catégorie faisant à certains égards office de pilier de l'ordre juridique international : le *jus cogens* (II).

I. UNE SOURCE MATERIELLE DE CERTAINS ARTICLES SUR LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

La notion de « source matérielle » revêt plusieurs sens¹³ ; on retiendra ici que

« [l]es sources formelles du droit sont les procédés d'élaboration du droit, les diverses techniques qui autorisent à considérer qu'une règle appartient au droit positif. Les sources matérielles constituent les fondements

¹² A.-T. NORODOM, « CDI : elle n'aurait servi à rien », in H. ASCENSIO, P. BODEAU-LIVINEC, M. FORTEAU, F. LATTY, J.-M. SOREL, M. UBEDA-SAILLARD (dirs.), *Dictionnaire des idées reçues en droit international*, Paris, Pedone, 2017, p. 65.

¹³ Comme l'indique Paul AMSELEK, « [l]es sources dites "matérielles" ou "réelles" recouvrent deux sens, très mêlés en pratique. Tantôt on désigne par-là les facteurs qui influent sur le contenu de la réglementation juridique, sur la substance du droit, les données où le législateur puise son inspiration juridique : l'histoire, les mœurs, les rapports des forces sociales, l'environnement naturel, etc. Il s'agit ici de s'intéresser à tout ce qui contribue à motiver le législateur et à le déterminer dans son œuvre de création du droit. Cette acception est particulièrement utilisée dans les différents courants du positivisme sociologique, mais elle s'y trouve intimement liée et souvent confondue avec une autre. Tantôt, en effet, on désigne par "sources matérielles" ou "réelles" le fondement des différentes normes juridiques : non pas ce qui les explique, mais ce qui les justifie, leur confère valeur ou validité ; il ne s'agit plus de rechercher des facteurs historiques, mais d'invoquer des faits justificatifs » (P. AMSELEK, « Brèves réflexions sur la notion de "sources du droit" », *Archives de philosophie du droit*, t. 27, 1982, p. 252).

sociologiques des normes internationales, leur base politique, morale ou économique plus ou moins explicitée par la doctrine ou les sujets du droit »¹⁴.

Il apparaît d'emblée que l'examen – délicat – des sources matérielles constitue un terreau fertile à la recherche d'indices de l'existence d'un questionnement éthique à l'origine de la norme, internationale ou non. Une analyse des articles et de leurs commentaires révèle en effet que des considérations éthiques innervent clairement certains articles (B), mais qu'elles peuvent également présider à la réflexion d'un ensemble d'articles (A).

A. L'éthique structurante : l'exemple de la responsabilité de l'État à raison d'un fait d'un autre État

Il est d'abord possible de déceler les indices d'un questionnement éthique, ou, plus exactement, d'un *positionnement* éthique, dans les commentaires généraux des Articles. Tel est en particulier le cas du commentaire général du chapitre IV portant sur la responsabilité de l'État à raison du fait d'un autre État :

« [e]n deuxième lieu, les États entreprennent des activités très diverses par l'intermédiaire d'une multiplicité d'organes et d'institutions. Par exemple, on ne peut exiger d'un État qui fournit une aide, financière ou autre, à un autre État qu'il assume le risque que celui-ci détourne l'aide à des fins qui peuvent être internationalement illicites. Il faut donc établir un lien étroit entre d'une part l'acte d'aider [...] et de l'autre l'acte de l'État qui commet un fait internationalement illicite »¹⁵.

Dans cet extrait, deux idées se succèdent, la seconde – selon laquelle l'imputation de la responsabilité à un État en aidant un autre est conditionnée à l'existence d'un lien étroit entre l'aide et la commission du fait – constituant la conclusion juridiquement logique de la première. Or, la première idée n'est fondée sur aucune considération juridique : « on ne peut », sobrement, « exiger d'un État » qui fournit une aide à un second État qu'il assume le « risque » que ce dernier l'utilise à des fins illicites. Quelle est l'origine juridique de cette incapacité de la communauté internationale ? Aucune obligation précise ni aucune pratique n'est ici mentionnée¹⁶ ; au contraire, il semble que ce « on ne peut pas » relève du champ extra-juridique, de valeurs et idées qui s'imposent d'elles-mêmes au codificateur, comme des évidences. Il y a là, à notre sens, un positionnement éthique traduit en droit. Il n'est en effet pas certain que l'adoption de la solution inverse – et donc l'établissement d'une responsabilité sans faute, ou plus précisément une responsabilité du fait de l'utilisation illicite d'une aide par un État tiers – aurait pu être contrée par un raisonnement purement juridique. L'existence, dans plusieurs systèmes juridiques, d'une

¹⁴ P. DAILLIER, A. PELLET, M. FORTEAU, *Droit international public* (Nguyen Quoc Dinh †), 8^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2009, p. 124. On se permet également de renvoyer à nos développements sur ce thème : R. MAUREL, *Les sources du droit administratif global*, Dijon, LexisNexis, Coll. des Travaux du CREDIMI, 2021, pp. 80-88.

¹⁵ Commentaire général du chapitre IV ; v. J. CRAWFORD, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État. Introduction, texte et commentaires*, Paris, Pedone, 2003, p. 176.

¹⁶ Le commentaire de l'article 17 évoque certes une pratique confirmative, à l'instar de la sentence *Brown (États-Unis d'Amérique c. Grande-Bretagne)* de 1923. Mais dans ces cas, l'existence ou non d'une responsabilité est évaluée à l'aune du degré de contrôle ou d'autorité d'un État sur l'autre, et non de manière générale et abstraite comme ici. V. J. CRAWFORD, *ibid.*, pp. 184-185.

responsabilité sans faute¹⁷ atteste de la fragilité potentielle d'un tel raisonnement, et là – la responsabilité du fait des activités conformes au droit international – fut d'ailleurs l'un des points d'achoppement du projet écarté par Roberto AGO à son arrivée en tant que Rapporteur¹⁸. Face à la solution inverse, des arguments politiques et de bon sens auraient plutôt présidé aux inévitables débats sur ce point ; les États auraient contesté – à raison – cette tentative d'imposer une responsabilité par ricochet sur le plan des valeurs, mais également sur le plan téléologique : l'idée même de coopération internationale passe par la garantie qu'un État souverain ne verra pas sa responsabilité engagée pour un fait internationalement illicite commis par un autre sans son aval, sa complicité ou sa connaissance de l'emploi projeté de l'aide concernée. En bref, l'expression « on ne peut exiger » du commentaire traduit une éthique générale de la responsabilité internationale, qui commande en tant que « bonne » solution – du fait de considérations politiques intrinsèques à l'existence d'une société tendant à la « communauté » internationale – que cette responsabilité ne puisse être engagée à raison des actions d'un État tiers que sous des conditions excluant le spectre de la responsabilité sans faute.

B. L'éthique transposée en droit : à propos de certaines circonstances excluant l'illicéité

L'existence d'un questionnement éthique est encore plus palpable dans le bien connu chapitre V sur les circonstances excluant l'illicéité. Il est vrai, comme le souligne la CDI, que ces circonstances n'ont pas été établies par les Articles de 2001 ; elles remontent au moins aux travaux du Comité préparatoire de la Conférence de La Haye de 1930, qui avaient déjà identifié la légitime défense et les représailles¹⁹, et sont alors déjà reconnues par le droit international général.

Si l'étude de la légitime défense sous l'angle de l'éthique mériterait une étude dédiée – la première phrase du commentaire de l'article 21, selon laquelle « [l]'existence d'un principe général admettant la légitime défense comme exception à l'interdiction de l'emploi de la force dans les relations internationales est incontestée »²⁰, instille à elle seule l'idée force que la « fondamentale »²¹ particulière

¹⁷ Tel est d'ailleurs le type de responsabilité vers lequel semble tendre, avec des précautions, le Principe 6 des *Guiding Principles on Shared Responsibility in International Law* dégagés par la doctrine. Selon ce principe intitulé « *Shared responsibility in situations of aid or assistance* », « 1. An international person shares responsibility when it knowingly aids or assists another international person in committing an internationally wrongful act, and the conduct of each of those international persons contributes to the indivisible injury of another person. 2. The requirement of knowledge in paragraph 1 is satisfied when an international person knew or should have known the circumstances of the internationally wrongful act » ; le commentaire de ce principe, et spécifiquement du §2, indique clairement qu'en vertu de ce paragraphe, « *intent to facilitate the wrongful act of another international person is not required [...]* » (A. NOLLKAEMPER, J. D'ASPREMONT, Ch. AHLBORN, B. BOUTIN, N. NEDESKI, I. PLAKOKEFALOS, D. JACOBS, « *Guiding Principles on Shared Responsibility in International Law* », *EJIL*, vol. 31-1, 2020, pp. 15-72 ; v. p. 17 pour l'énoncé de l'article et 40 et suivantes pour le commentaire. La citation est extraite du point 6 du commentaire, p. 43).

¹⁸ V. par exemple A. PELLET, « Les Rapports de Roberto Ago à la C.D.I. sur la Responsabilité des États », *Forum du droit international*, n°4, 2002, pp. 226-227.

¹⁹ Commentaire général du chapitre V ; J. CRAWFORD, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État. Introduction, texte et commentaires*, op.cit., p. 192.

²⁰ Commentaire de l'article 21 ; *ibid.*, p. 198.

²¹ L'épithète « fondamentale » est utilisée dans le point 6) du commentaire, selon lequel « [l]'article 21 exprime simplement le principe fondamental aux fins du Chapitre V », sans qu'il soit certain qu'il soit ici question du degré de précision du principe ou de sa nature. La légitime défense répond au demeurant, *mutatis mutandis*, aux critères de ce que pourrait être un droit « fondamental » transposé en droit

de ce principe ne résulte pas que de son caractère juridique –, d'autres circonstances se font plus directement l'écho du questionnement recherché. Tel est le cas de la détresse, dont l'énoncé du premier alinéa fait appel à des considérations *a priori* étrangères à la technique du droit international :

« [l']illicéité du fait d'un État non conforme à une obligation internationale de cet État est exclue si l'auteur dudit fait n'a raisonnablement pas d'autre moyen, dans une situation de détresse, de sauver sa propre vie ou celle de personnes qu'il a la charge de protéger »²².

Plusieurs éléments interrogent dans cet article, et conduisent à identifier autant de marqueurs d'un raisonnement sous l'angle de l'éthique. D'une part, cet article 24 se focalise sur l'individu auteur du fait, en tant que personne physique, ce qui participe d'une logique différente du reste des articles, qui s'intéressent à l'État en tant qu'acteur sur la scène internationale. D'ailleurs, une certaine incongruité résulte de la juxtaposition, dans la même proposition grammaticale, du « fait d'un État non conforme à une obligation internationale » et de « l'auteur dudit fait » : la Commission admet ici que derrière tout fait d'un État, il existe un individu *in fine* auteur du fait international – licite ou non –, ce qui pourrait faire l'objet de débats théoriques. Compte-tenu des situations visées – les urgences aériennes et maritimes, notamment –, il est loisible d'y voir du bon sens, c'est-à-dire une incursion, pour des raisons (que nous considérons) éthiques, de l'individu dans un raisonnement juridique l'excluant *a priori*. D'autre part et par voie de conséquence, l'article 24 fait appel à une notion iconoclaste dans le paysage interétatique : la nécessité, pour l'être humain, de « sauver sa propre vie » lorsqu'elle est mise en danger. Cette nécessité peut conceptuellement – mais pas forcément juridiquement – être rapprochée des « considérations élémentaires d'humanité », dont il a été démontré qu'elles relevaient d'un raisonnement éthique²³. Le dispositif va encore plus loin puisque la protection de la vie, en cas de péril, est étendue à de toute autre personne que l'auteur du fait internationalement illicite, sans préjudice des catégories établies par le droit international, comme le rappelle une phrase quelque peu circulaire du commentaire : « [l']intérêt est ici l'intérêt immédiat de sauver la vie de personnes, quelle que soit leur nationalité »²⁴. Enfin, l'article 24 consacre un critère peu juridique d'évaluation des moyens à la disposition de l'auteur : ce dernier ne doit « raisonnablement » pas avoir d'autre moyen de sauver sa vie ou celle des personnes sous sa responsabilité. Or, le terme « raisonnable » renvoie par essence à ce qui est considéré comme juste, réaliste et bon à un moment donné, pouvant qualifier des situations et choix différents selon les époques, les circonstances, les contextes et les mentalités ; autrement dit, le « raisonnable » est avant tout une affaire d'éthique²⁵.

international ; sur une définition de la fondamentalité ouvrant cette perspective – en droits de l'homme –, v. L. BENEZECH, *La fondamentalisation des droits dans l'ordre juridique interne sous l'influence de la CEDH*, Paris, Mare & Martin, Bibliothèque des thèses, 2021, pp. 41-42 (§ 49).

²² Article 24, Détresse ; J. CRAWFORD, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État. Introduction, texte et commentaires*, *op.cit.*, pp. 208-209.

²³ Ch. DOMINICE, « La Cour internationale de Justice et l'éthique des relations internationales », in Ch. DOMINICE, *L'ordre juridique international entre tradition et innovation*, PUF, 1997, pp. 45-55.

²⁴ Commentaire de l'article 9 ; *ibid.*, p. 209.

²⁵ Telle est en tout cas la position de Chaïm PERELMAN, pour lequel « Le "raisonnable" assurerait ainsi l'introduction de valeurs relevant de l'éthique et de la morale dans le droit, en vue de parvenir à une solution socialement acceptable dans les circonstances de l'espèce » (O. CORTEN, « L'interprétation du "raisonnable" par les juridictions internationales : au-delà du positivisme juridique ? », *RGDIP*, n°1998-1,

D'autres exemples pourraient être pris, à l'instar de l'article 50 sur les obligations ne pouvant être affectées par des contre-mesures, qui évoque notamment les « obligations de caractère humanitaire excluant les représailles »²⁶.

Les présents propos ne prétendent nullement que l'éthique constitue l'unique facteur, et encore moins l'unique source matérielle des différentes normes évoquées *supra*. L'objectivisme sociologique radical de George SCELLE, qui enseigne que « la » source matérielle unique de toute norme réside dans le fait social, nous semble d'ailleurs, à cet égard, trop réducteur et négateur de la diversité des besoins sociaux qui peuvent être exprimés dans le cadre du processus de formation des normes de droit international. Le fait social de SCELLE s'avère en réalité composite, et constitué d'un agrégat d'expressions de besoins sociaux, de volontés propres et d'infusion de valeurs et considérations extra-juridiques. L'on peut cependant conclure que, parmi cette variété de phénomènes et motifs divers de l'émergence de certaines normes codifiées par la Commission du droit international en 2001, siègent en bonne place les considérations et positionnements éthiques.

II. LA SOURCE DES NORMES IMPERATIVES DU DROIT INTERNATIONAL ?

Au-delà des circonstances exposées précédemment, il est des normes et principes connus du droit international général dont l'existence est plus ou moins directement liée à des considérations éthiques, à l'instar de l'abus de droit²⁷ ou encore des « considérations élémentaires d'humanité »²⁸. Mais certaines semblent, plus encore, forgées par un questionnement éthique. Des arguments invitent à considérer qu'il en est ainsi de la catégorie des « normes impératives du droit international » rappelée par les Articles, qu'il s'agisse de la catégorie elle-même (A) ou des contours de son application (B).

A. L'éthique et l'existence des normes impératives du droit international

L'article 26 des Articles prévoit sobrement qu'« [a]ucune disposition du présent chapitre n'exclut l'illicéité de tout fait de l'État qui n'est pas conforme à une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général »²⁹. Les

p. 8, renvoyant de manière générale à Ch. PERELMAN, *Éthique et droit*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1990, 825 p. mais insistant, *contra*, sur le fait que la détermination du contenu de ce qui est raisonnable, par le juge international, demeure effectuée par référence au droit positif et à la volonté des États. Sur ce point, v. également O. CORTEN, L'utilisation du "raisonnable" par le juge international. Discours juridiques raison et contradictions, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1997, spéc. pp. 351-353). Il nous semble néanmoins qu'il faut ici distinguer la *norme* codifiant l'idée de « raisonnable » en tant que seuil au-delà duquel le droit consacré par l'article 24 naît, de son *interprétation* éventuellement donnée par le juge international. L'on rejoint en ce sens le propos de Chaïm PERELMAN en admettant que l'insertion brute de la notion de « raisonnable » dans l'article 24 reflète un questionnement éthique – mais pas nécessairement une résurgence du droit naturel, cette question étant distincte.

²⁶ Article 50, 1., c).

²⁷ V. sur le lien entre abus de droit, morale et éthique, M. LEMEY, *L'abus de droit en droit international public*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droits international et de l'Union européenne, 2021, pp. 443-444.

²⁸ La démonstration en a été proposée par Ch. DOMINICE, « La Cour internationale de Justice et l'éthique des relations internationales », *op.cit.*, pp. 45-55. V. également R. MAUREL, « De l'éthique dans la jurisprudence de la Cour internationale de justice ? L'exemple de l'interdiction du recours à la force dans l'arrêt Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci », *Blog INTER-ÉTHIQUE*, septembre 2020, en ligne : <https://blog.u-bourgogne.fr/droit-inter-ethique/2020/09/28/de-lethique-dans-la-jurisprudence-de-la-cour-internationale-de-justice-lexemple-de-linterdiction-du-recours-a-la-force-dans-larret-activites-militaires-et-paramilitaires-au-nicaragua-et-c-c/>.

²⁹ Article 26, « Respect de normes impératives ».

normes impératives du droit international, mentionnées initialement par l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités³⁰, font également l'objet du chapitre III des Articles de 2001 – c'est-à-dire des articles 40 et 41 – et sont mentionnées dans l'article 50 1. d) sur les contre-mesures³¹. En elles-mêmes, ces mentions n'évoquent pas directement l'existence d'un questionnement éthique, bien que les thématiques qu'elles recouvrent ne sont pas étrangères aux enjeux éthiques et moraux et que la notion d'« impérativité » puisse certainement être discutée sous cet angle.

Il est possible de voir dans le *jus cogens* une – simple ? – « technique de non-dérogation »³². Ainsi, pour Robert KOLB,

« le *jus cogens* est à sa place quand il s'agit de déterminer la validité d'actes juridiques ou de normes juridiques particulières. Il désigne ici la technique juridique interdisant la dérogation de la norme générale par un régime juridique plus particulier (*lex specialis, ratione personae*) et frappe de nullité la norme particulière contraire. Ce *jus cogens* ne peut pas être remplacé par une norme de droit objectif, car il n'est pas lui-même une norme, il est une technique signifie l'intégrité normative contre la dérogation avec effet consécutif de nullité de l'acte contraire, normalement au regard du contenu, censé être particulièrement de la norme générale »³³.

Cette appréciation n'est, du reste, pas en contradiction avec le commentaire de la Commission selon lequel « les normes impératives du droit international traitent de la portée d'un certain nombre d'obligations fondamentales et du rang de priorité qu'il convient de leur accorder »³⁴.

On peut, cependant, y voir plutôt un concept bicéphale,

« à la croisée des chemins entre règles primaires et règles secondaires. Les règles organisant une hiérarchie normative ressortissent en effet à la catégorie des normes secondaires (les règles sur les règles). En revanche, la norme de *jus cogens* en elle-même (par exemple l'interdiction du génocide) appartient à la catégorie des règles primaires (celles qui imposent des droits et obligations au sujets de l'ordre juridique) »³⁵.

Dans le même esprit, Alain PELLET indique que les normes de *jus cogens* « d'une part, doivent leur existence à l'acceptation et à la reconnaissance de leur supériorité "par la communauté internationale des États dans son ensemble" et qui,

³⁰ Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, *RTNU*, vol. 1155, p. 331, article 53, que l'on reproduit pour rappel : « [e]st nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère ».

³¹ Article 50, « Obligations ne pouvant être affectées par des contre-mesures » : « 1. Les contre-mesures ne peuvent porter aucune atteinte : [...] d) aux autres obligations découlant de normes impératives du droit international général ».

³² R. KOLB, « Observations sur l'évolution du concept de *jus cogens* », *RGDIP*, 2009, vol. 113, p. 849.

³³ *Idem* (italique dans l'original).

³⁴ Commentaire général du chapitre III de la deuxième partie des Articles, point 7) ; J. CRAWFORD, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État. Introduction, texte et commentaires, op.cit.*, p. 293.

³⁵ F. LATTY, « La Cour internationale de Justice face aux tiraillements du droit international : les arrêts dans les affaires des *Activités armées sur le territoire du Congo* (RDC c. Ouganda, 19 décembre 2005 ; RDC c. Rwanda, 3 février 2006) », *AFDI*, vol. 51, 2005, p. 233.

d'autre part, sont indérogeables »³⁶. La question de savoir si le « *jus cogens* » désigne seulement la qualité impérative d'une norme préexistante ou, plus largement, la norme et sa qualité, n'est ainsi, à ce jour, pas définitivement tranchée – ni par la Commission du droit international, ni par les juridictions internationales, ni par la doctrine. Il est néanmoins loisible de considérer, avec la majorité de la doctrine et quand bien même une partie d'entre elle ne voit là qu'une phase de transition en attendant une meilleure compréhension du concept³⁷, que le *jus cogens* est l'expression d'un « ordre public international »³⁸, et donc un *contenant* autant qu'une *technique* – voire seulement un contenant. Dans cette perspective, « le contenu du *jus cogens* semble se limiter à des normes renfermant des “considérations élémentaires d'humanité” et les “principes de morale les plus élémentaires” »³⁹ ; « [l']indérogeabilité associée à ces normes repose sur des considérations éthiques et relève du fait qu'elles ont vocation à préserver des intérêts matériels supérieurs »⁴⁰.

Cette interprétation du *jus cogens* en tant que catalyseur d'une éthique, c'est-à-dire d'un ensemble de valeurs sous-jacentes au droit qui les traduit, s'avère parfaitement en phase avec les réflexions théoriques sur l'articulation du droit et de l'éthique. Ainsi, dans un tout autre contexte, Jean-François KERLEO montre que

« [...] contrairement à une opinion bien établie, les réflexions éthiques sont dépendantes du droit qui les réfléchit et constitue le support à partir duquel se définissent les valeurs sous-jacentes ou manquantes de l'ordre juridique. Ainsi l'éthique, comme la morale, s'appréhendent à partir du droit qui appelle les valeurs sur lesquels on souhaite pratiquer une certaine activité, l'éthique se révélant à travers l'interprétation du droit ou ses lacunes qui laissent entrevoir un autre agencement normatif »⁴¹.

Autrement dit, la consécration de la notion même de *jus cogens*, venue combler un vide juridique en droit international – et non des moindres, si l'on considère qu'elle en définit les bornes fondamentales – s'appuie sur un double questionnement éthique. Les normes en elles-mêmes, que l'on considère que le *jus cogens* les désigne ou les « adoube », relèvent du champ éthique par le phénomène d'acceptation de leur importance primordiale⁴² – y compris si la norme est particulièrement récente, à l'instar de l'interdiction du génocide – par la société internationale. L'idée d'impérativité relève, ensuite, de ce champ, plus que de la science juridique qui ne fait que la traduire par des techniques normatives ou qualités de la norme adjointes aux normes « importantes » préalablement identifiées. Dès lors, que le *jus cogens* désigne la qualité technique d'une norme spécifique par son caractère fondamental reconnu, ladite norme ou le cumul des deux n'emporte pas de

³⁶ A. PELLET, « Le droit international à la lumière de la pratique : l'introuvable théorie de la réalité. Cours général de droit international public », *op.cit.*, pp. 439-440. Nous soulignons.

³⁷ R. KOLB, « Observations sur l'évolution du concept de *jus cogens* », *op.cit.*, p. 848.

³⁸ L'expression, largement reprise en doctrine, a été employée par les juridictions de l'Union européenne ; v. TPICE, *Yassin Abdullah Kadi c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, affaire T-315/01, 21 septembre 2005, § 226.

³⁹ M. LEMEY, *L'abus de droit en droit international public*, *op.cit.*, p. 455.

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ J.-F. KERLEO, « Articuler la morale, l'éthique et la déontologie avec le droit », *op.cit.*, pp. 38-39.

⁴² Dans le même sens, v. D. MOMTAZ, « La hiérarchisation de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 412, 2021, p. 55, qui relève que « [l']importance ainsi accordée au rôle des États dans l'identification de ces normes montre clairement qu'elles procèdent de leur volonté, sans doute guidée par leur valeur morale et éthique ».

conséquence spécifique sur le raisonnement proposé : il est la résultante d'un questionnement éthique affectant la communauté internationale dans son ensemble.

B. L'éthique et la violation des normes impératives du droit international

S'il a pu être montré que l'existence du *jus cogens* est – ou *a minima* implique principalement – l'aboutissement d'un questionnement éthique, la question de l'application concrète des normes qui, selon l'école doctrinale retenue, détiennent cette « qualité » ou en relèvent n'a pas été pleinement abordée. Or, en la matière, l'article 40 des Articles de 2001, qui en introduit le chapitre III de la deuxième partie, relatif aux violations « graves » d'obligations découlant de normes impératives du droit international général, peut susciter l'étonnement. Celui-ci dispose que le chapitre

« s'applique à la responsabilité internationale qui résulte d'une violation grave par l'État d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général. [...] La violation d'une telle obligation est grave si elle dénote de la part de l'État responsable un manquement flagrant ou systématique à l'exécution de l'obligation »⁴³.

La mention d'un critère de « gravité » de la violation de normes indérogables du fait de l'ampleur des conséquences de leur interdiction – l'on parle de génocide, de crime contre l'humanité, *etc.* – a de quoi surprendre. Le régime spécifique de l'article 41 – relatif aux « conséquences particulières » d'une telle violation⁴⁴ n'a ainsi vocation à s'appliquer que dans l'hypothèse de la réunion de deux conditions : la violation d'une obligation relevant du *jus cogens*, et, indépendamment de la nature de la règle, son caractère « grave ». Le commentaire précise que :

« [L]es violations “graves” sont définies au paragraphe 2 comme dénotant “de la part de l'État responsable un manquement flagrant ou systématique à l'exécution de l'obligation”. Le mot “grave” signifie qu'un certain ordre de grandeur est requis, mais il ne doit pas être interprété comme signifiant que certaines violations ne sont pas graves ou qu'elles sont en quelque sorte excusables. Il reste que l'on peut envisager des violations de normes impératives relativement moins graves et qu'il est nécessaire de limiter la portée du chapitre aux violations les plus graves ou systématiques »⁴⁵.

D'un point de vue strictement juridique, et spécifiquement si l'on considère que le *jus cogens* constitue l'expression d'un ordre public international, le raisonnement est particulièrement compréhensible. Il consiste à établir un régime de responsabilité, et partant des conséquences, distinctes selon un critère de « gravité » indépendant de la nature de la violation, et ne venant pas remettre en cause la gravité intrinsèque dudit fait. Ainsi, pour Alain PELLET,

« [i]l est clair que tout acte de torture est moralement et juridiquement condamnable et constitue la violation d'une norme impérative. Il reste qu'un acte isolé de torture ne menace pas les fondements de l'ordre juridique international, contrairement à l'utilisation systématique et massive de la torture, même si l'État n'y a recours (ou ne la tolère) qu'à des fins purement

⁴³ Article 40 ; J. CRAWFORD, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État. Introduction, texte et commentaires, op.cit.*, p. 294.

⁴⁴ À savoir, principalement, la coopération des États pour y mettre fin par des moyens licites, l'interdiction aux États de la reconnaître comme licite et de prêter assistance au maintien de la situation (*ibid.*, p. 298).

⁴⁵ Commentaire de l'article 40, point 7) ; *ibid.*, p. 296.

internes, sans relation avec un conflit international ; la société internationale ne s'en trouve pas déstabilisée, contrairement à ce qui est le cas s'agissant des politiques systématiques de mépris des droits de l'homme »⁴⁶.

Du point de vue éthique, il est néanmoins possible de s'interroger : la gradation dans la violation de l'impérativité est-elle nécessaire ? Ne participe-t-elle pas à affaiblir la densité normative, voire l'effectivité – deux des trois éléments de la fondamentalité⁴⁷ – de la catégorie « *jus cogens* » ? À la réflexion, il semble que loin de susciter de nouvelles questions éthiques – c'est-à-dire, en l'espèce, des critiques plus ou moins militantes –, le choix d'insérer dans les Articles un critère supplémentaire de gravité pour l'application du régime de responsabilité le plus intrusif et le plus attentatoire à la souveraineté de l'État auteur du fait internationalement illicite s'inscrit dans une certaine *éthique* ; celle de la *responsabilité*.

L'éthique de la responsabilité relève « de la rationalité téléologique, elle est rationnelle par rapport à une fin, un but poursuivi par celui qui agit et qu'il a, sinon posé lui-même, du moins clairement reconnu »⁴⁸ ; par une capacité de prédiction et d'adaptation, elle « encourage le pragmatisme, le compromis, une tendance à réajuster moyens et finalités selon les aléas de l'action »⁴⁹. Tel est bien le raisonnement dont a ici fait preuve la Commission du droit international, en s'appuyant, au demeurant, sur la pratique des États. Elle a ce faisant choisi de ne pas s'inscrire dans une éthique de la *conviction*, qui aurait commandé la codification d'un unique régime – car elle

« relève de la rationalité *axiologique*, c'est-à-dire qu'elle se soucie exclusivement de ne pas trahir une valeur, de ne pas transgresser une norme (par exemple, la vérité et dire la vérité, la bonté et ne jamais user de la force, etc.). Elle n'est pas irrationnelle, puisqu'elle vise à demeurer en parfaite cohérence par rapport à une conviction, quel que soit le contexte »⁵⁰.

In fine, quoi de plus normal et de plus rassurant que les codificateurs aient décidé d'inscrire les Articles sur la *responsabilité* de l'État dans une *éthique de la responsabilité* ? Sans doute le processus même de codification participe-t-il lui-même, dans une certaine mesure, de cette éthique spécifique, que la Commission doit au quotidien combiner avec l'éthique du *courage*⁵¹ : adapter le droit international, en le développant, aux exigences actuelles et aux défis de demain, malgré le silence ou l'imprécision du droit, et l'attentisme – qui confine parfois à l'irresponsabilité – de la société internationale.

⁴⁶ A. PELLET, « Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Suite – et fin ? », *AFDI*, vol. 48, 2002, p. 15.

⁴⁷ V. L. BENEZECH, *La fondamentalisation des droits dans l'ordre juridique interne sous l'influence de la CEDH*, *op.cit.*, p. 49.

⁴⁸ G. HOTTOIS, « Éthique de la responsabilité et éthique de la conviction », *Revue Laval théologique et philosophique*, vol. 52, n°2, 1996, p. 490.

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 492. L'italique est dans l'original.

⁵¹ V. C. FLEURY, *La fin du courage*, Paris, Fayard, 2010, 208 p. ; s'appuyant sur cette philosophie, C. KESSEDJIAN, « Conclusions. Réconcilier les investissements avec l'éthique », in R. MAUREL (dir.), *Le droit international des investissements au prisme de l'éthique*, *op.cit.*, pp. 229 et ss. ; spéc. p. 236.