
**La bonne foi en droit international public,
le règlement pacifique des différends et le recours à la force
lors de la guerre du Golfe**

Yves Le Bouthillier* et Michel Morin**

Les auteurs examinent le rôle de la bonne foi et ses applications en droit international public dans le contexte de la guerre du Golfe. Dans une première partie, ils font état du rôle de la bonne foi dans l'obligation de tenter de régler pacifiquement un différend, soulignant entre autres l'importance de cette notion lors des négociations. Après avoir exposé le mécanisme prévu par la *Charte des Nations Unies* pour régler un différend menaçant la paix et la sécurité internationales, les auteurs constatent que la conduite des principaux acteurs lors du récent conflit dans le Golfe a peu favorisé un règlement négocié. Dans la seconde partie, les auteurs font appel au principe de la bonne foi pour mettre en lumière les limites aux pouvoirs implicites de l'ONU, en particulier le fait que le Conseil de sécurité ne peut déléguer entièrement son autorité. Cette interprétation est conforme au principe général de droit interdisant la délégation de responsabilité; elle amène les auteurs à conclure à l'illégalité de la résolution 678 du Conseil de sécurité. Enfin, ils recourent au principe de bonne foi pour remettre en question l'ampleur des opérations militaires utilisées contre l'Iraq.

The authors examine the role and applications of good faith in public international law in the context of the Gulf War. In Part I, they examine the role of good faith in the obligation to resolve disputes peacefully, and emphasize its importance in international negotiations. After explaining the mechanisms provided by the *Charter of the United Nations* to resolve disputes which threaten international peace and security, the authors claim that the conduct of the principal actors during the Gulf crisis did little to encourage a negotiated settlement. In Part II, the authors use the principle of good faith to shed some light on the implicit limits to the powers of the UN. More specifically, the authors contend that the Security Council cannot entirely delegate its authority to individual states. This interpretation is consistent with the general legal principle prohibiting the subdelegation of responsibility, and leads the authors to conclude that Security Council Resolution 678 was illegal. Finally, on the basis of the principle of good faith, they question the extent of military force used against Iraq.

* Professeur à la section *common law* en français de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa.

** Professeur à la section droit civil de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa.

Sommaire

Introduction

- I. Bonne foi, règlement pacifique des différends et sécurité collective
 - A. *L'obligation de négocier un différend*
 - B. *Le Conseil de sécurité et le règlement pacifique des différends*
 - C. *Le règlement pacifique des différends et la guerre du Golfe*
- II. Les pouvoirs implicites de l'Organisation des Nations Unies
 - A. *Les traités constitutifs et la pratique des États : un équilibre difficile*
 - B. *Les principes généraux du droit et la délégation de responsabilité*
 - C. *Les pouvoirs du Conseil de sécurité et la guerre du Golfe*
 - D. *Les problèmes posés par l'ampleur des opérations militaires*

Conclusion

* * *

Introduction

En droit international public, la notion de bonne foi est fréquemment utilisée par la Cour internationale de justice ainsi que par la doctrine. Pourtant, dans bien des cas, on peut se demander si cette invocation est véritablement utile. Une analyse critique amène à conclure que plusieurs règles du droit international public n'ont pas pour fonction première d'assurer la protection des États de bonne foi¹. Il est excessif de voir dans ce principe la justification de nombreux principes du droit international, comme le font Bin Cheng² et J.-F. O'Connor³.

Deux exemples illustrent les failles de ce raisonnement. Le premier concerne la règle *pacta sunt servanda*. En droit international public, peut-on dans tous les cas assimiler l'obligation de respecter la parole donnée à une exigence de bonne foi ? Il faut résister à la tentation de répondre par l'affirmative. Certes, la *Convention de Vienne sur le droit des traités*⁴ contient plusieurs dispositions

¹E. Zoller, *La bonne foi en droit international public*, Paris, Pedone, 1977 ; voir aussi, de la même auteure, la remarquable présentation « La bonne foi dans les relations interétatiques » dans Travaux de l'Association Henri Capitant, *La bonne foi (Journées Louisianaises 1992)*, t. XLIII, Paris, Economica [à paraître]. Il existe apparemment un ouvrage en allemand sur notre sujet ; voir A.M. Stuyt, « Good and Bad Faith » (1981) 28 N.I.L. Rev. 54 à la p. 57.

²*General Principles of Law: As Applied by International Courts and Tribunals*, Londres, Stevens & Sons, 1953 aux pp. 106-60.

³*Good Faith in International Law*, Brookfield, Vermont, Gower, 1991.

⁴23 mai 1969, 8 I.L.M. 679.

qui protègent les États de bonne foi. Celles-ci représentent généralement une codification du droit international coutumier et sont donc d'application générale. Certaines d'entre elles prévoient la nullité du traité en cas d'erreur (article 48), de dol (article 49) et de contrainte (articles 51 et 52) ; de plus, la possibilité d'invoquer la nullité de certaines clauses seulement est accordée à l'État victime de dol ou dont le représentant a été corrompu (article 44(4)) ; cette protection accrue vient au secours de l'État victime d'une manœuvre déloyale.

Il est cependant possible qu'un État cherche en toute bonne foi à être libéré d'une obligation conventionnelle, mais qu'il ne puisse y parvenir. Il en ira ainsi s'il a commis une erreur de fait, alors que les « circonstances ont été telles qu'il devait être averti de la possibilité d'une erreur » (article 48(2)). Dans bien des cas, un État qui aurait pu découvrir facilement une erreur a sans doute découvert celle-ci ou été grossièrement négligent. Il s'agit donc d'une présomption de fait autorisant le juge à conclure à la mauvaise foi de l'État, en l'absence d'explications convaincantes. On ne peut cependant affirmer que cette présomption soit juste dans tous les cas : l'erreur contenue dans une carte géographique fournit un bon exemple⁵, puisque l'État qui en découvre l'existence plusieurs années plus tard peut fort bien être de bonne foi⁶. Le fait qu'il ait été négligent ne permet pas de lui nier cette qualité subjective.

Dans une telle situation, on comprendrait que l'on privilégie la bonne foi de l'autre partie au traité. Toutefois, rien ne garantit qu'il en ira ainsi. L'État avec qui le traité a été négocié peut fort bien avoir eu connaissance de l'erreur et en avoir tiré profit, sans pour autant commettre un dol. Dans cette hypothèse, c'est sa mauvaise foi qui est effectivement protégée⁷. Pour prendre un autre exemple, imaginons que le représentant d'un État excède ses pouvoirs lors de la conclusion du traité, sans que les restrictions qui lui avaient été imposées aient été notifiées à l'autre État. Dans ces circonstances, il n'est pas possible d'obtenir la nullité du traité (article 47), même si l'État ignorait tout des agissements de son représentant et était certainement de bonne foi. Ces exemples permettent de conclure que la règle *pacta sunt servanda* ne protège pas toujours un État de bonne foi⁸. Elle répond à une préoccupation distincte, soit celle d'assurer la force obligatoire des conventions internationales et la stabilité des relations interétatiques.

Des remarques analogues s'imposent au sujet de la déclaration unilatérale, qui peut dans certains cas être source d'obligations et dont le caractère obliga-

⁵Zoller, *supra*, note 1 aux pp. 314-16.

⁶Dans l'*Affaire du Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, [1962] C.I.J. Rec. 6, la carte transmise aux représentants du Siam (la Thaïlande actuelle) indiquait clairement que le temple réclamé était situé en territoire cambodgien (à la p. 26). L'ignorance de ce fait constitue donc une erreur que la Thaïlande aurait été en mesure d'éviter ; elle peut néanmoins avoir été commise de bonne foi, quoique le nombre et l'importance des représentants ayant pris connaissance de la carte ne manque pas d'impressionner. De plus, l'erreur fut découverte plusieurs années avant que la Thaïlande ne proteste officiellement, ce qui rendait sa position subséquente « irrecevable ». La bonne foi de la Thaïlande semble donc très douteuse. D'autres circonstances pourraient cependant conduire à une conclusion différente.

⁷Zoller, *supra*, note 1 à la p. 318.

⁸Pour d'autres exemples, voir *ibid.* aux pp. 305-14.

toire reposerait sur la bonne foi⁹. Dans l'*affaire des essais nucléaires*, la Cour prend soin de préciser que les déclarations portées à son attention ne comportaient pas « l'invocation d'un pouvoir arbitraire de révision »¹⁰. Est-ce à dire que certains engagements unilatéraux pourraient comporter un pouvoir implicite de révision « non arbitraire » ? La Cour a sans doute voulu souligner que des affirmations assorties d'un pouvoir de révision ultérieur ne sauraient créer d'obligations juridiques. Les États qui analysent de telles déclarations pourront cependant éprouver de la difficulté à déterminer si elles « comportent » un pouvoir de révision ; il ne faut donc pas exclure que leur bonne foi puisse être surprise. Dans tout ceci, le rôle de la bonne foi ne semble pas véritablement déterminant. La difficulté consiste plutôt à déterminer dans quelle mesure les attentes des États concernés par la déclaration sont suffisamment élevées et légitimes pour être transformées en droits¹¹. Tout est fonction des circonstances, et une simple boutade faite en conférence de presse ne donne pas forcément naissance à un engagement unilatéral¹².

Plus récemment, la Cour a déclaré que le principe de la bonne foi « n'est pas en soi une source d'obligations quand il n'en existerait pas autrement »¹³. Cette notion morale peut cependant être féconde en droit international, en conduisant l'interprète à rejeter des solutions déraisonnables, lesquelles pourraient conduire l'observateur à s'interroger sur la sincérité ou la loyauté d'un des États en présence. À cet égard, le rejet de l'interprétation littérale lorsque celle-ci contrevient à l'objet du traité est paradigmatique¹⁴. Il en va de même de l'interdiction faite à l'État signataire de priver un traité de son objet, entre la signature du document et la date de son entrée en vigueur¹⁵. La théorie de l'abus de droit présente également des affinités certaines avec l'exigence de la bonne foi, même si elle suppose un examen de la finalité poursuivie par un État, afin de déterminer si celle-ci est acceptable au regard du droit international¹⁶. Enfin, il convient de souligner que les juges sont extrêmement réticents à imputer une intention malicieuse à l'État. Le manque de bonne foi sera presque toujours déduit de comportements objectifs et ne sera pas expressément mentionné, sauf comme hypothèse permettant d'écarter une solution jugée inacceptable. Dans cette perspective, on peut certes souligner que l'exigence de la bonne foi produit des effets juridiques lorsqu'il s'agit de protéger l'honnêteté, la loyauté et les attitudes raisonnables¹⁷, encore que cette affirmation ne soit pas d'une grande utilité pour la réflexion juridique.

⁹*Affaire des essais nucléaires (Australie c. France)*, [1974] C.I.J. Rec. 253 à la p. 268 ; voir aussi F. Rigaldies, « Contribution à l'étude de l'acte juridique unilatéral en droit international public » (1980-81) 15 R.J.T. 417.

¹⁰*Ibid.* à la p. 270.

¹¹Zoller, *supra*, note 1 aux pp. 288-89.

¹²*Affaire du différend frontalier (Burkina Faso c. République du Mali)*, [1986] C.I.J. Rec. 554 aux pp. 573-74.

¹³*Affaire relative à des actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, [1988] C.I.J. Rec. 69 aux pp. 105-06 ; voir aussi H. Thirlway, « The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1960-1989 » (1989) 60 B.Y.I.L. 1 aux pp. 9-10.

¹⁴Zoller, *supra*, note 1 aux pp. 229-38.

¹⁵*Ibid.* aux pp. 68-78.

¹⁶*Ibid.* aux pp. 115-22.

¹⁷*Supra*, note 3 à la p. 124.

Les diverses situations où la bonne foi a été invoquée par les juges sont trop nombreuses pour faire l'objet d'une étude approfondie dans le cadre restreint qui nous est assigné. Deux éléments retiendront donc notre attention et seront examinés dans le contexte de la guerre du Golfe. En premier lieu, il conviendra de s'interroger sur l'obligation de règlement pacifique des différends, qui comporte un devoir de négocier de bonne foi (I). Par la suite, nous examinerons la théorie des pouvoirs implicites des organisations internationales, qui a été utilisée lorsque l'Organisation des Nations Unies a autorisé l'usage de la force contre l'Iraq. Cette théorie repose également sur le principe de la bonne foi (II).

I. Bonne foi, règlement pacifique des différends et sécurité collective

A. L'obligation de négocier un différend

La bonne foi étant inhérente au droit international¹⁸, il n'est guère surprenant que ce soit également un des principes de base de la *Charte des Nations Unies*. Ainsi l'article 2(2) de la *Charte* prévoit que « [l]es Membres de l'Organisation, afin d'assurer à tous la jouissance des droits et avantages résultant de leur qualité de Membre, doivent remplir de bonne foi les obligations qu'ils ont assumées aux termes de la présente Charte »¹⁹.

Si ce principe est dénué d'effet juridique en soi²⁰, il est par contre une composante d'autres fondements de la *Charte*, et notamment de l'obligation de règlement pacifique des différends²¹, mentionnée à la fois aux articles 1(1)²² et

¹⁸P. Reuter, *Droit international public*, 6e éd., Paris, P.U.F., 1983 aux pp. 23-24 ; D. Carreau, *Droit international*, 2e éd., Paris, Pedone, 1988 à la p. 70, où l'auteur pose la question suivante : « Comment en effet envisager un système juridique fondé sur une présomption généralisée de 'mauvaise foi' ? »

¹⁹*Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 n° 7, 59 Stat. 1031, 145 U.K.T.S. 805 [ci-après la *Charte*]. Pour un commentaire sur cet article, voir E. Zoller, « Article 2, paragraphe 2 » dans J.P. Cot et A. Pellet, éd., *La Charte des Nations Unies : commentaire article par article*, Paris, Economica, 1985 aux pp. 97-102.

²⁰*Supra*, note 13.

²¹Plusieurs auteurs ont écrit sur ce sujet. Voir, notamment : K. Venkata Raman, éd., *Dispute Settlement Through the United Nations*, Dobbs Ferry, N.Y., Oceana, 1977 ; L.M. Goodrich et A.P. Simons, *The United Nations and the Maintenance of International Peace and Security*, Washington, Brookings Institution, 1953 ; E. Jimenez De Arachega, « Le traitement des différends internationaux par le Conseil de sécurité » (1954) 85 RCADI 1 aux pp. 1-103 ; R. Higgins, « The Place of International Law in the Settlement of Disputes by the Security Council » (1970) 64 AJIL 1 ; Y.M. Rybakov, « Principle of Peaceful Settlement of Disputes as One of the Most Fundamental Principles of Contemporary International Law » (1984) 37 Rev. H.D.I. 7 ; C. Economidès, « La Déclaration de Manille sur le règlement pacifique des différends internationaux » (1982) A.F.D.I. 613 ; L.B. Sohn, « The Future of Peaceful Settlement » dans R.St.J. Macdonald et D.M. Johnston, éd., *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory*, Boston, Martinus Nijhoff, 1983, 1121.

²²Cet article se lit ainsi :

Les buts des Nations Unies sont les suivants :

1. Maintenir la paix et la sécurité internationales et à cette fin : prendre des mesures collectives efficaces en vue de prévenir et d'écarter les menaces à la paix et de réprimer tout acte d'agression ou autre rupture de la paix, et réaliser, par des moyens pacifiques, conformément aux principes de la justice et du droit international, l'ajuste-

2(3)²³ et dont la nature fondamentale est aussi confirmée par certaines résolutions parmi les plus importantes adoptées par l'Assemblée générale, telles la *Déclaration sur les relations amicales*²⁴, la *Définition de l'agression*²⁵ et la *Déclaration de Manille sur le règlement pacifique des différends internationaux*²⁶.

L'obligation très générale que codifie l'article 2(3) est davantage précisée par le chapitre VI de la *Charte*²⁷, consacré entièrement au règlement pacifique des différends. Partant de la prémisse du respect de la souveraineté des États, l'article 33 indique clairement qu'il incombe en premier lieu aux États parties à un différend de décider par quels moyens ils vont résoudre celui-ci²⁸. Toutefois, en l'absence d'un accord sur le choix d'un tiers agissant comme intermédiaire, arbitre ou juge entre les États parties au différend, ces derniers n'ont guère d'autres choix que de recourir à la négociation directe l'un avec l'autre²⁹. Il est d'ailleurs difficile de voir comment ces États pourraient faire abstraction des négociations, puisque celles-ci sont nécessaires, ne serait-ce que pour déterminer la méthode à laquelle ils feront appel pour régler leur différend³⁰. Cependant, puisque l'article 33 de la *Charte* fait référence à la négociation, sans préciser les modalités que cette méthode de règlement implique, il est difficile d'identifier les paramètres indiquant s'il y a ou non négociation dans un

ment ou le règlement de différends ou de situations, de caractère international, susceptibles de mener à une rupture de la paix.

²³Cet article se lit comme suit :

Les Membres de l'Organisation règlent leurs différends internationaux par des moyens pacifiques, de telle manière que la paix et la sécurité internationales ainsi que la justice ne soient pas mises en danger.

²⁴*Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, Rés. AG 2625 (XXV), Doc. off. AG NU, 25^e sess., Supp. n° 28, p. 131, Doc. NU A/8082 (1970) [ci-après la *Déclaration sur les relations amicales*].

²⁵Rés. AG 3314 (XXIX), Doc. off. AG NU, 29^e sess., Supp. n° 31, p. 148, Doc. NU A/9631 (1974).

²⁶Rés. AG 37/10, Doc. off. AG NU, 37^e sess., Supp. n° 51, p. 323, Doc. NU A/37/51 (1982).

²⁷Voir les art. 33-38.

²⁸Le paragraphe 33(1) se lit comme suit :

Les parties à tout différend dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales, doivent en rechercher la solution, avant tout, par voie de négociation, d'enquête, de médiation, de conciliation, d'arbitrage, de règlement judiciaire, de recours aux organismes ou accords régionaux, ou par d'autres moyens pacifiques de leur choix.

²⁹Dans les *Affaires du Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark et Pays-Bas)*, [1969] C.I.J. Rec. 1 à la p. 47, la Cour affirme que l'obligation de négocier est un

principe [...] qui est à la base de toutes relations internationales et qui est d'ailleurs reconnu dans l'article 33 de la Charte des Nations Unies comme l'une des méthodes de règlement pacifique des différends internationaux ; il est inutile d'insister sur le caractère fondamental de cette forme de règlement sinon pour remarquer qu'il est renforcé par la constatation que le règlement judiciaire ou arbitral n'est pas généralement accepté.

³⁰E. Jiménez De Arachega, « International Law in the Past Third of a Century » (1978) 159 RCADI 1 à la p. 147.

cas donné³¹. En effet, « les négociations ne comportent pas de formes certaines »³².

À supposer qu'il y ait négociation, les États n'ont pas l'obligation de régler leur différend, mais seulement de tenter de le résoudre³³. Il s'agit donc d'une obligation de comportement où, en théorie, le principe de bonne foi devrait jouer un rôle important. Ainsi, P. Reuter écrit :

[L]es négociateurs doivent se comporter d'une certaine manière, abstraction faite du résultat des négociations ; une telle obligation ne peut être définie d'une manière rigide, mais elle est plutôt l'objet de standards assez souples. Le principe dominant est ici celui de la bonne foi ; les négociateurs s'interdisent certains agissements parce que ces agissements sont incompatibles avec une intention loyale de négocier³⁴.

En pratique, toutefois, la nature très générale de ce principe est l'une des raisons pour lesquelles les tribunaux sont réticents à déclarer qu'un État ne s'est pas conduit de bonne foi durant la négociation³⁵. Dans ces conditions, l'obligation de négocier apparaît très peu contraignante. Ainsi Michel Virally écrit :

En réalité, en assumant une obligation de négocier, l'État se réserve le droit au désaccord — donc le droit d'empêcher le règlement — à la seule condition de se comporter de bonne foi, ce qui peut difficilement être contrôlé. L'efficacité de l'obligation de négocier est donc limitée aux hypothèses où la volonté de règlement existe chez toutes les parties — c'est-à-dire aux cas où son utilité est la moins évidente³⁶.

Hésitant à juger de la bonne foi d'un État, les tribunaux internationaux ont rarement été appelés à préciser les critères à considérer afin de mesurer cette bonne foi. Toutefois, quelques décisions nous offrent des indices de la pertinence qu'on accordera à certains facteurs. Par exemple, dans l'*Arbitrage du Lac*

³¹E. Zoller, *Peacetime Unilateral Remedies: An Analysis of Countermeasures*, Dobbs Ferry, N.Y., Transnational Publishers, 1984 à la p. 120 ; A.E. David, *The Strategy of Treaty Termination: Lawful Breaches and Retaliations*, New Haven, Yale U. Press, 1975 à la p. 165.

³²« De l'obligation de négocier » dans Instituto di diritto internazionale e straniero della università di Milano, *Il processo internazionale: Studi in onore di Gaetano Morelli, Comunicazioni e studi*, t. 14, Milan, Giuffrè, 1975, 711 à la p. 717.

³³*Trafic ferroviaire entre la Lithuanie et la Pologne*, Avis consultatif (1931), C.P.J.I. sér. A/B n° 42 à la p. 116 ; *Affaires du Plateau continental de la mer du Nord*, supra, note 29 à la p. 48 ; *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Avis consultatif, [1971] C.I.J. Rec. 16 à la p. 341 [ci-après *Avis consultatif sur la Namibie*], opinion dissidente du juge A. Gros.

³⁴Supra, note 32 aux pp. 717-18.

³⁵Voir, par exemple, l'*Avis sur la Namibie*, supra, note 33 à la p. 44, où la majorité conclut à la bonne foi de l'ONU, sans qualifier de mauvaise foi le comportement de l'Afrique du Sud. Voir aussi, à la p. 161, l'opinion individuelle du juge Dillard qui parle de la « persistance » de l'Afrique du Sud, « sans mettre en cause la bonne foi » de ce pays. Voir cependant, à la p. 344, l'opinion dissidente du juge Gros, qui conclut à la « violation de l'obligation de négocier de bonne foi ». Dans l'*Arbitrage du Lac Lanoux (France c. Espagne)* (1957), XII R.S.A. 285 à la p. 305, le tribunal nous rappelle également qu'il « est un principe général de droit bien établi selon lequel la mauvaise foi ne se présume pas ».

³⁶« Panorama du droit international contemporain » (1983) 183 RCADI 9 à la p. 240.

Lanoux, le tribunal a indiqué que les comportements suivants étaient contraires à l'obligation de négocier :

[...] en cas de rupture injustifiée des entretiens, de délais anormaux, de mépris des procédures prévues, de refus systématiques de prendre en considération les propositions ou les intérêts adverses, plus généralement en cas d'infraction aux règles de la bonne foi³⁷.

Dans l'*Avis de la Namibie*, après avoir examiné l'historique des négociations entre l'ONU et l'Afrique du Sud, la Cour internationale de justice a conclu à la bonne foi de l'Organisation et à l'intransigeance de l'État concerné. Ayant noté que les négociations s'étaient poursuivies pendant treize ans, la Cour ajoute :

En pratique la durée des négociations ne permet pas de savoir si les possibilités d'accord ont été épuisées ; il peut être suffisant de montrer qu'on a abouti rapidement à une impasse et que, d'un côté, on s'est fermement refusé à tout compromis³⁸.

Doit-on conclure de cet énoncé de la Cour que l'obligation de négocier de bonne foi implique nécessairement que l'une et l'autre partie doivent faire des concessions ? Dans les *Affaires du Plateau continental de la mer du Nord*, la Cour internationale de justice a indiqué que les parties avaient non seulement l'obligation d'entamer des négociations, mais également celle de faire preuve de flexibilité dans leur position. À ce sujet, la Cour déclare :

[...] les parties ont l'obligation de négocier de telle manière que la négociation ait un sens, ce qui n'est pas le cas lorsque l'une d'elles insiste sur sa propre position sans envisager aucune modification³⁹.

Mais doit-il en être ainsi si l'une des demandes pour régler le différend est fondée sur une violation d'une obligation fondamentale en droit international ? Il semble bien que non, puisqu'un tel résultat serait contraire au principe de justice énoncé aux articles 1(1) et 2(3) de la *Charte*. En refusant toute discussion sur la base d'une telle demande, une partie ne violerait donc pas son obligation de négocier de bonne foi⁴⁰.

Enfin, l'obligation de négocier de bonne foi suppose-t-elle que les États doivent, durant la négociation, s'abstenir de prendre des contre-mesures qui risqueraient d'aggraver le différend ? Dans l'*Affaire de l'Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946*, le tribunal a répondu par la négative à cette question, en situant l'usage des contre-mesures dans le processus même du règlement pacifique du différend. Ainsi les contre-mesures visent à rétablir l'égalité entre les parties et à encourager le progrès des négociations⁴¹. Cepen-

³⁷*Supra*, note 35 à la p. 307.

³⁸*Supra*, note 33 à la p. 44. Voir aussi *Affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine* (1924), C.P.J.I. ser. A, n° 2 à la p. 13.

³⁹*Supra*, note 29 à la p. 47 ; voir également *Case Concerning the Interpretation of Article 24 of the Treaty of Finance and Compensation of 27 November 1961* (1972), XIX R.S.A. 3 aux pp. 56-57.

⁴⁰Jimenez De Arachega, *supra*, note 30 à la p. 147 ; David Davies Memorial Institute of International Studies, *International Disputes: The Legal Aspect*, Londres, Europa, 1972 aux pp. 77, 79.

⁴¹(1978), XVIII R.S.A. 417 aux pp. 444-45.

dant le tribunal précise qu'on doit y recourir avec modération, en faisant des efforts véritables pour résoudre le conflit⁴². En outre, la *Déclaration sur les relations amicales* précise que les États ne peuvent recourir à « tout acte susceptible d'aggraver la situation au point de mettre en danger le maintien de la paix et de la sécurité internationales »⁴³.

B. *Le Conseil de sécurité et le règlement pacifique des différends*

Lorsque les États parties à un différend ont épuisé, sans succès, les possibilités de règlement par l'une ou l'autre des méthodes énumérées à l'article 33 de la *Charte*, la *Déclaration sur les relations amicales* prévoit que

[L]es parties à un différend ont le devoir, au cas où elles ne parviendraient pas à une solution par l'un des moyens pacifiques susmentionnés [ceux de l'article 33 de la *Charte*], de continuer de rechercher un règlement à leur différend par d'autres moyens pacifiques dont elles seront convenues⁴⁴.

Cependant, lorsque le différend qui oppose deux États est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales et que ceux-ci ne réussissent pas, malgré leur bonne foi, à le régler par les moyens indiqués à l'article 33, ils ont l'obligation, en vertu de l'article 37 de la *Charte*, de le soumettre au Conseil de sécurité. Le Conseil, organe auquel est confié la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales⁴⁵, peut alors recommander des méthodes ou procédures d'ajustement appropriées, ou les termes d'un règlement. Puisqu'il ne s'agit que de recommandations, les États concernés n'ont aucune obligation de se conformer à ces dernières. Néanmoins, l'obligation de régler pacifiquement les différends exige de ces États qu'ils considèrent de bonne foi les recommandations du Conseil⁴⁶.

Si l'article 33 de la *Charte* énonce qu'il incombe d'abord aux États de résoudre le conflit qui les oppose, le Conseil peut cependant prendre l'initiative de demander à ceux-ci de régler un différend qui menace le maintien de la paix et de la sécurité internationales⁴⁷. À moins que les circonstances indiquent, sans équivoque, l'existence d'une telle menace⁴⁸, l'article 34 de la *Charte* prévoit que le Conseil procédera à une enquête pour déterminer s'il y a bien menace à l'ordre international. Dans l'affirmative, il fera appel aux États aux prises avec ce différend⁴⁹. La *Charte* prévoit aussi que ce type d'intervention par le Conseil dans un différend peut être demandé par tout État membre de l'ONU⁵⁰, par tout État non membre qui est partie au différend et accepte l'obligation de régler

⁴²*Ibid.* à la p. 445.

⁴³*Supra*, note 24 à la p. 133.

⁴⁴*Ibid.*

⁴⁵Art. 24 de la *Charte*.

⁴⁶David Davies Memorial Institute of International Studies, *supra*, note 40 à la p. 14.

⁴⁷Art. 33(2) de la *Charte*.

⁴⁸L.M. Goodrich et E. Hambro, *Charter of the United Nations: Commentary and Documents*, 1re éd., Boston, World Peace Foundation, 1946 aux pp. 144-45.

⁴⁹Sur les actions pacifiques que le Conseil de sécurité peut initier lorsqu'il existe un différend, voir L.B. Sohn, « The Security Council's Role in the Settlement of International Disputes » (1984) 78 AJIL 402.

⁵⁰Art. 35(1).

pacifiquement⁵¹, par l'Assemblée générale⁵² et par le Secrétaire général⁵³. Le Conseil peut, à sa discrétion, rejeter ou accepter ces demandes.

L'intervention du Conseil de sécurité a-t-il pour effet de mettre fin à l'obligation des parties de régler le différend ? Un auteur, A.C. Arend, suggère que telle était l'intention des auteurs de la *Charte* :

[...] it seems clear that the intent of the framers of the Charter was to make the article 33 obligation to pursue peaceful settlement of disputes binding only until the Security Council had taken up the matter. As Hambro, Goodrich and Simons explain, "The intent of Article 33 was to establish an obligation that was to be fulfilled by the parties prior to their enlisting the Council's assistance." Consequently, the intent of the framers seems to have been to limit this obligation to the pre-conflict stage⁵⁴.

Rejetant ce point de vue, un autre auteur a fait le commentaire suivant :

Article 33 of the Charter regulates not only the behaviour of the parties to the dispute, but also the competence of the Security Council, and the words "above all" refer not to a cessation of efforts for peaceful settlement, but to the moment when the Security Council must intervene, possibly after the parties have exhausted their joint efforts⁵⁵.

Ce commentaire nous apparaît tout à fait juste. En effet, l'obligation de rechercher un règlement pacifique des différends étant fondamentale en droit international, il faudrait un langage beaucoup plus clair que celui de l'article 33 pour suspendre cette obligation des parties dès l'intervention du Conseil de sécurité. Par conséquent, même si le Conseil de sécurité peut remplir des fonctions importantes pour le règlement d'un différend, en particulier en évaluant l'ampleur de celui-ci et en facilitant sa résolution, il reste que son rôle est secondaire par rapport à celui des États.

Par contre, lorsqu'il y a agression, le Conseil joue un rôle central pour rétablir la paix. Ses actions sont alors régies par le chapitre VII de la *Charte*⁵⁶ et il peut, par décision, imposer sa volonté aux États membres⁵⁷. Avant de procéder à la constatation qu'il y a eu agression⁵⁸, le Conseil peut prendre des mesures provisoires en vertu de l'article 40. Il s'agit là, en quelque sorte, d'une mesure intermédiaire entre les méthodes de règlement pacifique et les mesures coercitives militaires et non militaires prévues par le chapitre VII. La paix ayant été rompue, le Conseil invite les parties à ne pas aggraver la situation en acceptant

⁵¹Art. 35(2).

⁵²Art. 11.

⁵³Art. 99.

⁵⁴« The Obligation to Pursue Peaceful Settlement of International Disputes During Hostilities » (1983) 24 Va. J. Int'l L. 97 à la p. 101.

⁵⁵G.G. Shinkaretskaïa, « Peaceful Settlement of International Disputes: An Alternative to the Use of Force » dans W.E. Butler, éd., *The Non-Use of Force in International Law*, Boston, Martinus Nijhoff, 1989, 39 à la p. 48. Voir aussi Goodrich et Simons, *supra*, note 21 à la p. 275.

⁵⁶Art. 39-51.

⁵⁷Concernant l'obligation des États de respecter les décisions du Conseil, voir les art. 25, 48 de la *Charte*.

⁵⁸Art. 39 de la *Charte*. En vertu de cet article, le Conseil peut aussi déclarer qu'il y a menace ou rupture de la paix.

un cessez-le-feu immédiat ou à retourner au *statu quo* par le retrait des forces armées. En pratique, le Conseil a fréquemment accompagné cette invitation d'une demande aux États impliqués de régler pacifiquement leur différend⁵⁹. Notons que si l'article 40 indique que « ces mesures provisoires ne préjugent en rien les droits, les prétentions ou la position des États intéressés », il prévoit également qu'« en cas de non-exécution de ces mesures provisoires, le Conseil de sécurité tient dûment compte de cette défaillance ».

Si un ou des États au conflit n'obtempèrent pas aux mesures provisoires, le Conseil peut constater l'agression et prendre ainsi position dans le différend, en jetant carrément le blâme sur un État précis. Dans ces circonstances, il est évident que la capacité du Conseil de régler diplomatiquement le conflit se trouve atténuée, puisqu'il ne peut plus prétendre à l'impartialité, comme lorsqu'il agissait en vertu du chapitre VI de la *Charte*⁶⁰. Pour des raisons évidentes, l'État condamné risque alors de voir d'un oeil suspect tout effort de règlement émanant du Conseil⁶¹.

Ayant identifié l'agresseur, le Conseil peut, aux termes de l'article 39, faire des recommandations et prendre des décisions pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales. Ainsi le Conseil peut décider d'avoir recours à des sanctions de nature économique⁶² ou militaire⁶³ pour rétablir la paix. Quant aux recommandations, les travaux préparatoires indiquent clairement qu'elles sont celles visées par le chapitre VI de la *Charte*. Par conséquent, le Conseil peut, s'il le désire, préconiser à la fois une démarche diplomatique et coercitive pour mettre fin à la crise. Comme le notent les auteurs Goodrich et Hambro : « Efforts at peaceful settlement will presumably continue even during the period when enforcement action is taken. »⁶⁴ Si le Conseil peut recommander à l'État agressé une procédure ou même les modalités d'un règlement, ce dernier n'est évidemment pas tenu de l'accepter⁶⁵. De fait, cet État n'a pas l'obligation de chercher une solution négociée au différend aussi longtemps que l'agression persiste. Même s'il devait conclure une entente avec l'agresseur, il pourrait, dès que ce dernier aurait mis fin à ses actes d'hostilité, la répudier, en invoquant

⁵⁹Rés. CS 338, Doc. off. CS NU, 28^e année, p. 9, Doc. NU S/INF/29 (1973) ; Rés. CS 479, Doc. off. CS NU, 35^e année, p. 24, Doc. NU S/INF/36 (1980) ; Rés. CS 502, Doc. off. CS NU, 37^e année, p. 18, Doc. NU S/INF/38 (1982).

⁶⁰I. Claude, jr, *Swords Into Plowshares: The Problems and Progress of International Organizations*, 4e éd., New York, Random House, 1971 à la p. 250.

⁶¹Virally, *supra*, note 36 à la p. 287.

⁶²Art. 41 de la *Charte*.

⁶³Art. 42 de la *Charte*.

⁶⁴*Supra*, note 48 à la p. 158.

⁶⁵Voir, toutefois, S.S. Malawer, « Imposed Treaties and International Law » (1977) 7 Calif. W. Int'l L.J. 1 aux pp. 114-15, où l'auteur affirme que le Conseil de sécurité pourrait imposer un traité :

Article 39 does not specify whether or not a treaty may be imposed, nor does it specify the measures which might be taken. There is no indication in the language of article 39 that the imposition of a treaty might not be an appropriate "measure", since the measures authorized under article 39 are left to the discretion of the Security Council.

Sur cette question, voir aussi R.B. Bilder, « Judicial Procedures Relating to the Use of Force » (1991) 31 Va. J. Int'l L. 249 aux pp. 258-59.

l'article 52 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*. Cet article, qui est une codification du droit coutumier, se lit comme suit :

Est nul tout traité dont la conclusion a été obtenue par la menace ou l'emploi de la force en violation des principes du droit international incorporés dans la Charte des Nations Unies⁶⁶.

Par contre, si une telle entente était proposée non pas par l'État agresseur mais par le Conseil de sécurité, sous la forme d'une recommandation, et que l'État agressé s'en déclarait satisfait, il serait vraisemblablement lié par sa déclaration unilatérale. Il s'agirait là d'un exemple de ce qu'on a qualifié de « résolutions-accords »⁶⁷. La recommandation émanant du Conseil de sécurité, il est difficile de voir comment l'État agressé pourrait prétendre avec succès que son acceptation avait été obtenue par la contrainte.

C. *Le règlement pacifique des différends et la guerre du Golfe*

Le système de règlement pacifique des différends prévu par la *Charte* n'a pas permis d'éviter une guerre dans le Golfe. En rétrospective, cet échec peut être attribué à plusieurs causes, que nous nous proposons d'examiner brièvement⁶⁸. Au premier chef, il faut faire état de la mauvaise foi dont a fait preuve l'Iraq lors des négociations avec le Koweït, dans les semaines précédant l'invasion de cet État. Durant cette période, Saddam Hussein accuse le Koweït d'extraire du pétrole iraquien dans le champ de Rumaylah et de mettre en péril l'économie de son pays, en dévaluant le prix du baril de pétrole par une production supérieure à celle recommandée par l'OPEP. Il ressuscite également les prétentions territoriales de l'Iraq sur une partie du territoire koweïtien. S'ensuit une série d'initiatives diplomatiques, auxquelles participent activement l'Arabie Saoudite, la Jordanie et l'Égypte, pour trouver une solution arabe au conflit. Le 25 juillet, le président égyptien, Hosni Moubarak, déclare que Saddam Hussein lui a assuré qu'il ne ferait pas usage de la force aussi longtemps que se poursuivraient les négociations avec le Koweït. Le 31 juillet, des diplomates des deux pays entament des pourparlers en Arabie Saoudite, lesquels se terminent dans la discorde le lendemain. Le 2 août, l'Iraq envahit le Koweït, en prétendant agir sur l'invitation d'un gouvernement révolutionnaire ayant renversé la monarchie des al-Sabâh. Six jours plus tard, l'Iraq annonce l'annexion du Koweït. En agissant de la sorte, l'Iraq suggère qu'il n'avait pas l'intention de négocier de bonne foi pour résoudre les différends invoqués antérieurement à son invasion du Koweït. Le commentaire suivant de Michel Virally semble concorder avec la conduite de l'Iraq :

[...] l'invocation d'un différend peut n'être qu'un prétexte, destiné à justifier l'utilisation de la force. De nombreux autres objectifs peuvent, en fait, être poursuivis

⁶⁶Sur l'art. 52 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, voir S. Bastid, *Les traités dans la vie internationale*, Paris, Economica, 1985 aux pp. 93-96 ; I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2e éd., Manchester, Manchester U. Press, 1984 aux pp. 177-81.

⁶⁷D. Carreau, *supra*, note 18 à la p. 226 ; Q.D. Nguyen, P. Dallier et A. Pellet, *Droit international public*, 3e éd., Paris, L.G.D.J., 1987 à la p. 336.

⁶⁸Les faits auxquels nous faisons référence sont, à moins d'indication contraire, tirés d'une chronologie sur la guerre du Golfe publiée dans P. Bennis et M. Moushabeck, éd., *Beyond the Storm: A Gulf Crisis Reader*, New York, Olive Branch Press, 1991 aux pp. 356-74.

par un État qui entreprend une guerre ou une opération militaire, parmi lesquels on peut citer : un agrandissement territorial [...]»⁶⁹.

En deuxième lieu, il faut noter l'absence totale de diplomatie préventive de la part du Conseil de sécurité, alors même que l'Iraq massait ses troupes sur la frontière koweïtienne⁷⁰. Le Conseil aurait pu faire enquête en vertu de l'article 34 ou rappeler aux deux États, en des termes non équivoques, leur obligation de régler pacifiquement leur différend.

Troisièmement, à la suite de l'invasion, on peut déplorer le faible rôle qu'a joué le Conseil et le Secrétaire général des Nations Unies en ce qui concerne les initiatives diplomatiques pour résoudre le problème. Initialement, le Conseil avait agi avec célérité. Dans la résolution 660⁷¹, adoptée le jour même de l'invasion, le Conseil (1) a condamné l'invasion de l'Iraq, en invoquant l'article 39, (2) a demandé, à titre de mesures provisoires prévues par l'article 40, que l'Iraq retire immédiatement et sans condition ses troupes du Koweït, (3) a incité les deux États concernés à entamer immédiatement d'intenses négociations pour résoudre leur différend, et a supporté tout effort en ce sens, en particulier ceux de la Ligue arabe. Cette résolution est fidèle à la pratique du Conseil d'en appeler aux deux États en conflit pour régler leur différend et ce, même après que l'un d'eux ait fait usage de la force. La nouvelle unité du Conseil laissait croire, cependant, au rôle actif de cet organe sur tous les fronts, incluant les moyens diplomatiques. Or, les onze résolutions subséquentes du Conseil ont très peu traité de cet aspect. Seules les résolutions du 25 septembre (résolution 670)⁷² et du 29 octobre 1990 (résolution 674)⁷³ y font allusion, en notant les efforts que déploie le Secrétaire général pour rechercher un règlement pacifique⁷⁴. Parallèlement à ces quelques démarches du Conseil, certains pays, notamment la France, l'URSS et plusieurs pays arabes, ont entrepris de nombreuses initiatives diplomatiques, mais sans succès. Le Conseil de sécurité, loin de canaliser et de filtrer les divers efforts diplomatiques, a assisté souvent silencieux au jeu de bras de fer qui, à mesure que la crise avance, n'oppose que deux États : l'Iraq et les États-Unis.

L'intransigeance de l'un et l'autre de ces États a, en définitive, laissé peu de place au règlement pacifique des différends. En ce qui a trait à l'Iraq, son insistance à conserver, ne serait-ce qu'une partie du territoire koweïtien, allait à l'encontre du principe fondamental qu'un État ne doit pas acquérir du territoire par la force et était donc inacceptable. De plus, sa détention illégale de ressortissants et de diplomates de plusieurs pays est venue compliquer davantage une situation dangereuse et durcir les positions des parties en cause. Quant aux

⁶⁹*Supra*, note 36 à la p. 231. Voir aussi Claude, *supra*, note 60 à la p. 242.

⁷⁰Voir, entre autres, « Standing up to Saddam Hussein » *The Economist* (28 juillet 1990) 12 aux pp. 12-13, qui prévoit le risque d'une invasion prochaine du Koweït par l'Iraq.

⁷¹Rés. CS 660, Doc. off. CS NU, 45^e année, Doc. NU S/INF/46 (1990).

⁷²Rés. CS 670, Doc. off. CS NU, 45^e année, Doc. NU S/INF/46 (1990).

⁷³Rés. CS 674, Doc. off. CS NU, 45^e année, Doc. NU S/INF/46 (1990).

⁷⁴Durant la durée du conflit, le Secrétaire général a eu deux rencontres avec les dirigeants de l'Iraq. À la fin du mois d'août 1990, il a rencontré le ministre des Affaires étrangères de l'Iraq, Tarek Aziz, pendant deux jours, à Genève. Le 13 janvier 1991, deux jours avant le début de la guerre, il a rencontré Saddam Hussein à Bagdad.

États-Unis, ils ont insisté, tout au long du conflit, sur un retrait inconditionnel de l'Iraq du Koweït. Ce n'est qu'à la suite de l'adoption de la résolution 678⁷⁵, en novembre 1990, autorisant à partir du 15 janvier 1991 les États de la coalition à user de « tous les moyens nécessaires », incluant la force, pour obtenir ce retrait, que le président américain George Bush a proposé une rencontre entre son ministre des Affaires étrangères et celui de l'Iraq. Commentant ces pourparlers, Richard Falk écrit :

Le fossé entre les devoirs édictés par l'article 33 de la *Charte* et l'attitude de M. Bush est apparu clairement lors de l'« offre » de rencontre de Genève entre ministres des affaires étrangères. M. Baker reçut pour instruction de voir M. Tarek Aziz sur la base suivante, définie par le président américain : « Pas de négociations, pas de compromis, pas de tentative de sauver la face, et pas de prime à l'agression. » Pareilles injonctions ne figurent certes pas dans l'article 33⁷⁶ !

S'il nous semble qu'à la suite de l'agression par l'Iraq, le Koweït n'avait plus l'obligation de négocier en vertu de l'article 33, il pouvait par contre considérer les offres de l'Iraq. Face au refus catégorique des États-Unis, un membre permanent du Conseil, d'envisager toute négociation, il est clair que tous les efforts de l'Iraq en ce sens risquaient fort d'être rejetés du revers de la main, quel que soit leur contenu. Cette attitude est très certainement contraire à l'esprit de la *Charte* qui privilégie le règlement pacifique de préférence à tout usage de la force.

En conclusion, il appert que le Conseil de sécurité aurait dû être le lieu privilégié pour discuter et déterminer les mesures et les conditions diplomatiques appropriées en réponse à l'agression de l'Iraq. Les critiques de Cornelius Murphy sur l'action diplomatique des grandes puissances comme moyen pour régler un différend en marge de l'ONU sont tout aussi valables dans le contexte de la crise du Golfe :

Peacemaking by major states undoubtedly has contributed to global stability; but to consider it a normal procedure would be to reduce the possibilities of obtaining final settlements, as well as to diminish the authority of the Security Council. Great power diplomacy inevitably involves biases which are not conducive to the impartial resolution of serious controversies. [...] Furthermore, overlapping of effort and contradiction of purpose are likely to occur when international and United Nations diplomacy are simultaneously directed towards the peaceful settlement of the same international conflicts⁷⁷.

II. Les pouvoirs implicites de l'Organisation des Nations Unies

En 1990, le très large consensus de la communauté internationale, qui réprouvait unanimement l'invasion du Koweït, allait poser pour la première fois dans l'histoire récente la question du recours à la force sous l'égide des Nations Unies. Malgré la coopération nouvelle des cinq membres permanents du Conseil de sécurité, aucun mécanisme militaire n'était encore opérationnel. Il

⁷⁵Rés. CS 678, Doc. off. CS NU, 45^e année, Doc. NU S/INF/46 (1990).

⁷⁶« La force au mépris du droit : les Nations Unies sous la coupe de Washington » *Le Monde diplomatique* (février 1991) 3.

⁷⁷« The Obligation of States to Settle Disputes by Peaceful Means » (1973-74) 14 Va. J. Int'l L. 57 à la p. 72.

incombait donc à l'Organisation de définir les paramètres d'une intervention armée. Pour mieux identifier les options qui s'offraient à elle, il convient d'examiner les règles d'interprétation concernant les pouvoirs des organisations internationales (A). Celles-ci constituent en réalité une application de la notion de bonne foi lors de l'interprétation des conventions⁷⁸. La reconnaissance des principes généraux de droit répond à une préoccupation semblable, ceux-ci étant vraisemblablement sous-entendus dans les relations entre États, notamment au sein des organisations internationales (B). Ces règles d'interprétation permettent de conclure que la résolution 678 autorisant l'usage de la force contre l'Iraq est contraire à la *Charte des Nations Unies* (C). De même, la mise à exécution de cette résolution pose de graves problèmes, qu'on peut rattacher à l'exécution de bonne foi des conventions internationales (D).

A. *Les traités constitutifs et la pratique des États : un équilibre difficile*

La doctrine se plaît à souligner qu'une organisation internationale doit entretenir des relations marquées au coin de la bonne foi avec ses États membres, la réciprocité étant également valable⁷⁹. La Cour internationale de justice a d'ailleurs eu recours à ce principe, soulignant qu'en matière d'admission des nouveaux membres, un État ne pouvait faire référence à des considérations autres que celles mentionnées à l'article 4 de la *Charte des Nations Unies*, lesquelles devaient être examinées « en toute bonne foi »⁸⁰. Plus généralement, la Cour a reconnu à l'Organisation des Nations Unies les pouvoirs qui sont conférés « par une conséquence nécessaire [...] en tant qu'essentiels à l'exercice [de ses] fonctions »⁸¹. On peut voir là une forme d'interprétation de bonne foi. En effet, il faut présumer que les États parties à l'élaboration du traité constitutif d'une organisation souhaitaient que cette dernière ait les moyens d'action nécessaires pour atteindre les objectifs qui lui ont été assignés. La Cour a d'ailleurs réaffirmé à plusieurs reprises que l'Organisation des Nations Unies pouvait prendre « des mesures dont on peut dire à juste titre qu'elles sont appropriées à l'accomplissement des buts déclarés des Nations Unies »⁸². Si les « buts déclarés » peuvent conduire à la reconnaissance de nouveaux pouvoirs, ils peuvent également s'opposer à une interprétation trop large d'un traité constitutif d'une organisation.

Dans cette perspective, il semble que les États ne peuvent adopter une conduite qui constitue en réalité un amendement du traité constitutif d'une organisation. Ainsi, une modification de la procédure d'admission ou de la composition d'un organe de l'organisation est inadmissible⁸³. Par contre, une procédure

⁷⁸*Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra*, note 4, art. 31(1).

⁷⁹Zoller, *supra*, note 1 à la p. 183 ; Reuter, *supra*, note 18 aux pp. 230-31.

⁸⁰*Admission d'un État aux Nations Unies (Charte, art. 4)*, Avis consultatif, [1947-1948] C.I.J. Rec. 57 à la p. 63.

⁸¹*Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, Avis consultatif, [1949] C.I.J. Rec. 174 à la p. 182.

⁸²*Certaines dépenses des Nations Unies (Art. 17(2) de la Charte)*, Avis consultatif, [1962] C.I.J. Rec. 151 à la p. 168 ; voir aussi *Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité*, Avis consultatif, [1954] C.I.J. Rec. 47.

⁸³*Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un État aux Nations Unies*, Avis consultatif, [1950] C.I.J. Rec. 4 ; *Composition du Comité de la sécurité maritime de l'Organisation*

interne « généralement acceptée par les Membres des Nations Unies » peut « constitue[r] la preuve d'une pratique générale de l'Organisation ». Celle-ci pourra être valide, même si elle contrevient à une règle édictée par la *Charte*, lorsqu'elle a « toujours et uniformément » été acceptée par les États concernés⁸⁴. Cette affirmation visait l'abstention d'un membre permanent du Conseil de sécurité, pratique qui heurte de front les termes de l'article 27(3) de la *Charte*. La Cour souligne cependant que les membres permanents eux-mêmes ont « toujours et uniformément » souscrit à cette interprétation. La décision de la Cour signifie en quelque sorte que ces membres ont renoncé à un droit établi en leur faveur. L'arrêt ne nie cependant pas qu'il existe des limites aux pouvoirs implicites des organisations internationales, lesquelles ne peuvent méconnaître les règles fondamentales de leur traité constitutif⁸⁵.

Les pouvoirs implicites reconnus par la jurisprudence découlent nécessairement de dispositions précises de la *Charte des Nations Unies*. Ainsi, le droit de présenter une réclamation au nom d'un agent des Nations Unies est fondé sur le souci d'assurer la pleine indépendance du personnel de l'Organisation⁸⁶. De même, la possibilité de créer un tribunal administratif dont les décisions lient l'Assemblée générale découle du pouvoir d'établir des règles régissant le personnel⁸⁷. La faculté de demander un avis consultatif à la Cour internationale de justice peut être conférée à un comité, composé de certains membres de l'Assemblée générale, parce que ce dernier constitue un organe des Nations Unies⁸⁸. Enfin, le rôle joué par le Secrétaire général lors de la mise sur pied d'opérations de maintien de la paix fait partie des « autres fonctions » dont il peut être chargé par le Conseil de sécurité⁸⁹. Les pouvoirs implicites de l'Organisation ne sont donc rien d'autre qu'une excroissance de dispositions expresses de la *Charte*.

Un dernier point doit être abordé, celui des recours. Dans bien des cas, le traité constitutif d'une organisation ne prévoit pas la possibilité d'obtenir une

intergouvernementale consultative de la navigation maritime, Avis consultatif, [1960] C.I.J. Rec. 150.

⁸⁴*Avis consultatif sur la Namibie*, *supra*, note 33 à la p. 22.

⁸⁵Il existe sur ce sujet une doctrine abondante : T. Furukawa, « Le double rôle de la Cour internationale de justice à l'égard des organisations internationales : protection et contrôle » dans *Mélanges offerts à Paul Reuter : Le droit international : unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, 293 ; E. Lauterpacht, « The Development of the Law of International Organization by the Decisions of International Tribunals » (1976) 152 RCADI 377 ; J. Makarczyk, « The International Court of Justice on the Implied Powers of International Organizations » dans J. Makarczyk, éd., *Études de droit international en l'honneur du juge Manfred Lachs*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1984, 501 ; R. Monaco, « Les principes régissant la structure et le fonctionnement des organisations internationales » (1977) 156 RCADI 79 ; H. Thierry, « Les résolutions des organes internationaux dans la jurisprudence de la Cour internationale de justice » (1980) 167 RCADI 385. Le cours de M. Lauterpacht est particulièrement instructif.

⁸⁶Art. 100 ; *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, *supra*, note 81 à la p. 183.

⁸⁷Art. 101(1) ; *Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité*, *supra*, note 82 à la p. 61.

⁸⁸Art. 96(2) ; *Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies*, Avis consultatif, [1973] C.I.J. Rec. 166 aux pp. 173-74.

⁸⁹Art. 98 ; *Certaines dépenses des Nations Unies*, *supra*, note 82 à la p. 177. De façon analogue, l'Assemblée peut mettre sur pied des opérations de maintien de la paix, à condition de ne pas entreprendre une action de nature coercitive (art. 11(2) ; *ibid.* à la p. 164).

décision judiciaire en cas de divergence concernant son interprétation. Dans cette hypothèse, les membres jouissent de la possibilité de considérer invalide une décision de l'Organisation, faculté qui doit cependant être exercée de bonne foi⁹⁰. Une telle situation crée de nombreuses difficultés, qui sont résolues dans l'arène politique⁹¹. La *Charte des Nations Unies* permet cependant à l'Assemblée générale ou au Conseil de sécurité de demander un avis consultatif à la Cour internationale de justice⁹². Par le passé, la Cour a toujours accepté de répondre aux questions qui lui étaient posées au sujet des pouvoirs de l'ONU, en examinant tous les aspects du problème. Certes, « la Cour n'a pas de pouvoirs de contrôle judiciaire ni d'appel en ce qui concerne les décisions prises par les organes des Nations Unies dont il s'agit »⁹³. Dans ce même arrêt, la Cour examine cependant les objections formulées à l'encontre de décisions de cette nature, délimitant ainsi les pouvoirs conférés aux organes des Nations Unies. La possibilité d'une violation de la *Charte* demeure donc présente à l'esprit des juges. Évidemment, l'efficacité des avis consultatifs est une tout autre question⁹⁴, d'autant plus qu'ils ne sont pas revêtus de l'autorité de la chose jugée⁹⁵.

Par ailleurs, tant qu'elle n'a pas fait l'objet d'une décision judiciaire, une résolution du Conseil de sécurité est présumée valide⁹⁶. Les États qui prennent des mesures conformes à cette résolution agissent de bonne foi. Ils ne sauraient encourir de responsabilité si la Cour déclare subséquemment que la décision du Conseil n'était pas conforme à la *Charte*. En droit interne, la doctrine de la validité *de facto* s'appliquerait alors⁹⁷; on peut présumer qu'un principe semblable serait reconnu par les juges de la Cour internationale de justice.

⁹⁰Reuter, *supra*, note 18 aux pp. 230-31.

⁹¹A.I.L. Campbell, « The Limits of the Powers of International Organisations » (1983) 32 I.C.L.Q. 523 ; R.Y. Jennings, « Nullity and Effectiveness in International Law » dans *Cambridge Essays in International Law*, Londres, Stevens & Sons, 1965, 64 ; E. Lauterpacht, « The Legal Effect of Illegal Acts of International Organisations » dans *Cambridge Essays in International Law*, *ibid.*, 88 ; D.G. Partan, « International Administrative Law » (1981) 75 AJIL 639 ; E. Osiekie, « The Legal Validity of Ultra Vires Decisions of International Organizations » (1983) 77 AJIL 239 ; « Unconstitutional Acts in International Organisations: The Law and Practice of the ICAO » (1979) 28 I.C.L.Q. 1 ; « *Ultra Vires* Acts in International Organizations — The Experience of the International Labour Organization » (1976-77) 48 B.Y.I.L. 259.

⁹²Art. 96(1).

⁹³*Avis consultatif sur la Namibie*, *supra*, note 33 à la p. 45.

⁹⁴Voir sur ce point E. Lauterpacht, *supra*, note 85 aux pp. 388-95.

⁹⁵*Statut de la Cour internationale de Justice*, art. 65 à 68 (par opposition à l'art. 59).

⁹⁶Ainsi, dans l'affaire *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. États-Unis d'Amérique)* — *Demande en indication de mesures conservatoires*, la Cour affirme que « l'obligation d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité conformément à l'article 25 de la Charte [...] *prima facie* [...] s'étend à la décision contenue dans la résolution 748 (1992) » (Cour internationale de Justice, Communiqué n° 92/9, *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. États-Unis d'Amérique)* — *Demande en indication de mesures conservatoires* (14 avril 1992) à la p. 5) ; la Cour s'empresse toutefois de préciser qu'en refusant d'indiquer des mesures conservatoires, elle ne se prononce pas « définitivement sur l'effet juridique de la résolution » ni sur « sa compétence pour connaître du fond » (*ibid.*).

⁹⁷*Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, 35 Man. R. (2d) 83 [cité aux R.C.S.] ; « [l]e principe de la validité *de facto* [...] ne donne effet qu'aux attentes justifiées de gens qui se sont fiés aux actes de ceux qui ont appliqué les lois invalides, ainsi qu'à l'existence

Si les organisations internationales jouissent d'une marge de manoeuvre considérable, celle-ci n'est pas illimitée. Les moyens employés pour atteindre leurs objectifs ne sont pas non plus indifférents. Dans cette perspective, il convient de se demander si les principes généraux de droit ne permettent pas d'écarter certaines solutions en matière de délégation de pouvoir.

B. Les principes généraux du droit et la délégation de responsabilité

L'article 38(1)(c) du *Statut de la Cour internationale de justice* permet à la Cour d'appliquer les « principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées ». La majorité de la doctrine voit dans cette disposition une invitation à rechercher les traits communs des grands systèmes de droit contemporains⁹⁸. La position minoritaire soutient cependant que ces principes doivent être trouvés au sein du droit international lui-même⁹⁹. Même si tel était le cas, il existe une décision rendue dans l'ordre international qui reconnaît l'existence d'un principe concernant la délégation de pouvoir. Il s'agit de l'arrêt *Meroni et Co., Industrie Metallurgiche, S.P.A. c. Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*¹⁰⁰. La Haute Autorité de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier avait délégué un de ses pouvoirs à deux institutions privées sans « s'approprier » d'aucune manière la « responsabilité de leurs délibérations »¹⁰¹. La Cour conclut à l'invalidité de cette délégation, en énonçant les principes suivants :

attendu que les conséquences résultant d'une délégation de pouvoirs sont très différentes suivant qu'elle vise des pouvoirs d'exécution nettement délimités et dont l'usage, de ce fait, est susceptible d'un contrôle rigoureux au regard de critères objectifs fixés par l'autorité délégante, ou un pouvoir discrétionnaire, impliquant une large liberté d'appréciation, susceptible de traduire par l'usage qui en est fait une véritable politique économique ;

attendu qu'une délégation du premier type n'est pas susceptible de modifier sensiblement les conséquences qu'entraîne l'exercice des pouvoirs qu'elle affecte, alors qu'une délégation du second type, en substituant les choix de l'autorité délégataire à ceux de l'autorité délégante, opère un véritable déplacement de responsabilité ;

[...]

que, toutefois, pareilles délégations ne peuvent porter que sur des pouvoirs d'exécution, exactement définis, et entièrement contrôlés, dans l'usage qui en est fait, par la Haute Autorité¹⁰².

Cette règle d'interprétation se retrouve au sein de la plupart des systèmes de droit contemporains. À cet égard, il importe de souligner qu'il n'est pas

et au fonctionnement des corps publics ou privés mêmes [*sic*] irrégulièrement ou illégalement constitués » (aux pp. 756-57) ; de façon similaire, les États qui se seraient fiés à une résolution du Conseil de sécurité avant son invalidation seraient protégés par cette doctrine.

⁹⁸B. Vitanyi, « Les positions doctrinales concernant le sens de la notion de 'principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées' » (1982) 86 R.G.D.I.P. 48 ; M.C. Bassiouni, « A Functional Approach to 'General Principles of International Law' » (1990) 11 Mich. J. Int'l L. 768.

⁹⁹Vitanyi, *ibid.* aux pp. 56-73.

¹⁰⁰Cour de Justice de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier, 13 juin 1958, affaire n° 9-56, 4 Rec. Juris. de la Cour 11.

¹⁰¹*Ibid.* à la p. 39.

¹⁰²*Ibid.* aux pp. 43-44.

nécessaire de conclure à une reconnaissance universelle pour dégager un « principe général de droit »¹⁰³. Nous présentons ci-dessous un certain nombre d'exemples provenant de pays rattachés aux différents systèmes de droit existants à travers le monde. À notre avis, cette information diversifiée tend à démontrer l'existence d'un principe général de droit.

Le droit administratif anglais contient une règle plus stricte que celle décrite ci-dessus, résumée par l'adage *delegatus non potest delegare*. Le professeur Wade pose le problème en termes très clairs : « The vital question in most cases is whether the statutory discretion remains in the hands of the proper authority, or whether some other person purports to exercise it. »¹⁰⁴ En principe, le titulaire d'un pouvoir discrétionnaire ne peut sous-déléguer celui-ci ; la règle est la même au Canada¹⁰⁵. Seule une disposition expresse de la loi rendra licite une telle opération. La situation est la même en France, où la délégation peut cependant, dans la plupart des cas, être autorisée par décret¹⁰⁶. Aux États-Unis, les tribunaux ont tendance à interpréter largement les lois et à conclure qu'elles autorisent la délégation de certains pouvoirs¹⁰⁷ ; il reste cependant qu'en règle générale, les actes qui requièrent l'exercice d'un jugement personnel ne peuvent être délégués et doivent demeurer sous le contrôle de l'autorité concernée¹⁰⁸. Dans l'ensemble, les droits des pays occidentaux semblent reconnaître le principe dont nous avons fait état ci-dessus¹⁰⁹.

Qu'en est-il des pays qui étaient naguère socialistes ? De façon assez surprenante, il existait en Union soviétique une procédure de contrôle permettant de faire respecter le principe énoncé ci-dessus. Il ne s'agissait pas d'un recours ouvert au simple citoyen¹¹⁰. Il incombait plutôt au procureur public de protester contre l'adoption d'un décret lui paraissant invalide¹¹¹. Cette protestation pou-

¹⁰³Vitanyi, *supra*, note 98 à la p. 113 ; Bassiouni, *supra*, note 98 aux pp. 813-14.

¹⁰⁴H.W.R. Wade, *Administrative Law*, 6e éd., Oxford, Clarendon Press, 1988 à la p. 358 ; voir aussi P.P. Craig, *Administrative Law*, 2e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1989 aux pp. 306-10.

¹⁰⁵R. Dussault et L. Borgeat, *Traité de droit administratif*, t. I, 2e éd., Ste-Foy, Qué., Presses de l'Univ. Laval, 1984 aux pp. 529-39.

¹⁰⁶J.-M. Auby et R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, t. II, 3e éd., Paris, L.G.D.J., 1984 aux pp. 285-86.

¹⁰⁷K.C. Davis, *Administrative Law Treatise*, vol. 1, 2e éd., San Diego, K.C. Davis, 1978 aux pp. 216-20 ; C.H. Koch, jr, *Administrative Law and Practice*, vol. 1, St. Paul, Minn., West, 1985 aux pp. 39-42 et la mise à jour au livre de M. Koch intitulée *1990 Pocket Part* aux pp. 8-9.

¹⁰⁸*Runkle c. U.S.*, 122 U.S. 543 à la p. 557, 30 L. Ed. 1167 (1887) ; *Cudahy Packing Co. of the Fort Peck Indian Reservation c. Holland*, 315 U.S. 357, 62 S. Ct. 651 (1942) ; *Assiniboine and Sioux Tribes c. Board of Oil and Gas of the State of Montana*, 792 F.2d 782 aux pp. 794-95 (9th Cir. 1986).

¹⁰⁹Le droit administratif allemand est au même effet : M.P. Singh, *German Administrative Law in Common Law Perspective*, Berlin, Springer-Verlag, 1985 aux pp. 26-27.

¹¹⁰Il fallut attendre 1987 pour que les citoyens puissent contester devant les tribunaux la légalité d'une décision de l'administration, ce qui ne semblait pas comprendre les actes à caractère normatif : D.G. Barry, « Administrative Justice: The Role of the Soviet Courts in Controlling Administrative Acts » dans G. Ginsburgs, éd., *Soviet Administrative Law: Theory and Policy*, Dordrecht, Pays-Bas, Martinus Nijhoff, 1989, 63 à la p. 80 ; M. Lesage, « L'URSS : De la légalité socialiste à l'état de droit » (1989) 105 R.D.P. 271 à la p. 280.

¹¹¹W.E. Butler, *Soviet Law*, 2e éd., Londres, Butterworths, 1988 à la p. 96 et s. ; W. Gellhorn, « Review of Administrative Acts in the Soviet Union » (1966) 66 Col. L. Rev. 1051.

vait amener l'organe concerné à rescinder l'acte ; en cas de refus, un autre procureur pouvait s'adresser à un organe plus élevé dans la hiérarchie, afin que ce dernier annule l'acte attaqué. Les décisions des Soviets Suprêmes, qui exerçaient le pouvoir législatif, et celles de leur Praesidium, ne pouvaient cependant être contestées ; mais celles des ministères pouvaient l'être¹¹².

Rien de comparable ne semble exister en République populaire de Chine¹¹³, où la place occupée par le droit dans la vie sociale est bien moindre qu'en Occident¹¹⁴. Pour cette raison, cette absence ne nous paraît pas devoir être déterminante dans la recherche d'un principe général de droit. Au surplus, rien dans la tradition chinoise ne semble s'opposer à la règle décrite ci-dessus.

Du côté du droit musulman, il existe peu de principes traditionnels concernant le droit administratif¹¹⁵. De plus, en 1981, le Conseil des Gardiens de l'Iran a déclaré que le Parlement ne pouvait déléguer une partie de son pouvoir législatif, sauf si le délégataire était un comité parlementaire, agissant pendant une période de temps limitée¹¹⁶. Il est donc logique de supposer que la règle *delegatus non potest delegare* est également reconnue dans ce pays¹¹⁷.

¹¹²Parmi les protestations qui ont été traduites en anglais, on peut relever des exemples où certains pouvoirs ont été transférés illégalement. Ainsi, le pouvoir d'imposer une amende pour violation des règles concernant les poids et mesures avait été conféré aux inspecteurs d'État ; il ne pouvait donc être exercé par des ordonnances de comités exécutifs locaux rendues à la demande des inspecteurs (« An Incorrect Procedure of Imposing Fines » dans *The Soviet Procuracy Protests: 1937-1973*, trad. par L. Boim et G.G. Morgan, Alphen aan den Rijn, Pays-Bas, Sijthoff & Noordhoff, 1978 aux pp. 7-8 [ci-après *Soviet Procuracy Protests*). De la même façon, aux termes d'une ordonnance d'un comité exécutif, les miliciens étaient autorisés à exiger des simples citoyens qu'ils leur prêtent main-forte afin d'arrêter les ivrognes et les hooligans. Cette disposition fut considérée illégale, seuls les miliciens étant habilités à faire respecter l'ordre public (« A Violation of the Statute on the Issuance of Ordinances by Local Executive Committees » dans *Soviet Procuracy Protests, ibid.*, 10). Enfin, une ordonnance du ministère de la Marine marchande de l'URSS, qui prescrivait le montant des amendes et confiait aux bureaux locaux le soin de définir les actes répréhensibles, fut rescindée (« A Violation of the Law on the Issuance of Ordinances » dans *Soviet Procuracy Protests, ibid.*, 22). Cette dernière protestation semble bien fondée sur le principe *delegatus non potest delegare* (voir également « A Violation of the Law on the Issuance of Ordinances » dans *Soviet Procuracy Protests, ibid.*, 32). Quelle que soit la fréquence avec laquelle la règle fut invoquée en pratique, son existence ne semble pas faire de doute.

¹¹³L'adoption récente d'une loi permettant de demander l'annulation d'actes de l'administration ne s'étend pas aux actes à caractère normatif : J.-P. Fa et S.-C. Leng, « Judicial Review of Administration in the People's Republic of China » (1991) 23 Case W. Res. J. Int'l L. 447 ; S.G. Wood et L. Chong, « China's Administrative Procedure Law: An English Translation with Comments » (1991) 43 Admin. L.R. 89 aux pp. 92-93.

¹¹⁴Z. Hairong, « The Re-Establishment of the Chinese Legal System: Achievements and Disappointments » (1991) 10 C.J.Q. 44 ; E. Donahoe, « The Promise of Law for the Post-Mao Leadership in China » (1988) 41 Stan. L. Rev. 171 ; R.H. Folsom et J.H. Minan, *Law in the People's Republic of China: Commentary, Readings and Materials*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989 aux pp. 3-18.

¹¹⁵H. de Wael, *Le droit musulman — Nature et évolution*, Paris, C.H.E.A.M., 1989 aux pp. 56-57.

¹¹⁶S.H. Amin, « The Legal System of Iran » dans K.R. Reddin, éd., *Modern Legal Systems Cyclopedica*, vol. 5, éd. rév., *Middle East*, Buffalo, William S. Hein, 1990, 5.80.1 à la p. 5.80.8.

¹¹⁷Pour un exemple de sous-délégation illégale dans la tradition mamlok, voir E. Tyan, *Institutions du droit public musulman*, t. II, Paris, Sirey, 1956 à la p. 175.

Au terme de ce survol, il paraît que dans la plupart des pays examinés, un organe dont les pouvoirs sont limités ne peut transférer l'exercice effectif de ceux-ci sans conserver la responsabilité ultime de la décision prise. Par ailleurs, dans tous ces pays, le pouvoir législatif est libre de déléguer une partie de ses pouvoirs à un organisme ou un individu. Cette constatation conduit à se demander s'il faut assimiler le Conseil de sécurité à un organe exerçant un pouvoir souverain. À notre avis, la réponse négative ne fait aucun doute. En droit international public, les États sont détenteurs de la souveraineté. Ils créent des règles par leurs actes ou par la conclusion de traités. Dans cette dernière hypothèse, ils délèguent parfois certains pouvoirs à une organisation internationale, et ceux-ci sont par définition limités. Dans ces conditions, les fonctions confiées à un organe collégial, qui requièrent l'exercice d'un jugement d'opportunité, ne peuvent être entièrement exercées par d'autres. Ce principe général est, au fond, d'application courante dans l'interprétation de la *Charte des Nations Unies*. C'est ce que nous constaterons en examinant la possibilité de recourir à la force.

C. *Les pouvoirs du Conseil de sécurité et la guerre du Golfe*

À l'origine, la *Charte des Nations Unies* prévoyait que les actions coercitives entreprises au nom des Nations Unies seraient confiées aux forces armées mises à la disposition du Conseil de sécurité, conformément à des accords spéciaux¹¹⁸. Un comité d'état-major, composé des chefs d'état-major des membres permanents du Conseil¹¹⁹, devait assurer la direction stratégique de ces forces¹²⁰. De plus, ce comité devait venir en aide au Conseil lors de l'élaboration des plans pour l'emploi de la force armée¹²¹. En pratique, aucun n'accord n'a été conclu et le comité d'état-major n'a pas joué le rôle envisagé par les auteurs de la *Charte*. Dans ces conditions, si le Conseil décide de recourir à la force, il lui incombe d'élaborer un mécanisme de mise en oeuvre de ses décisions, dans le respect des objectifs énoncés par la *Charte*¹²².

La *Charte* indique clairement la voie à suivre, en offrant deux façons de procéder. La première consiste à créer un organe subsidiaire¹²³. Une telle démarche serait autorisée par la théorie des pouvoirs implicites. Il suffirait de créer un comité du Conseil chargé de coordonner des opérations militaires précises. L'avantage de cette formule est évident : dans un telle hypothèse, les décisions sont prises à la majorité des voix. Sauf indication à l'effet contraire, les

¹¹⁸Art. 43.

¹¹⁹Art. 47(1), 47(2).

¹²⁰Art. 47(3).

¹²¹Art. 46.

¹²²Pour plus de détails, voir Y. Le Bouthillier et M. Morin, « Réflexions sur la validité des opérations entreprises contre l'Iraq en regard de la Charte des Nations Unies et du droit canadien » [1991] A.C.D.I. (à paraître).

¹²³Art. 29. Cette approche a d'ailleurs été employée lors de la création de la commission chargée d'administrer le Fonds de compensation des Nations Unies, lequel devait servir à indemniser les États ayant subi des dommages par suite de l'invasion et de l'occupation du Koweït par l'Iraq. Le Conseil d'administration de cette commission prend ses décisions par une majorité de neuf voix sur quinze et les membres permanents n'y ont pas le droit de veto : *Rapport présenté par le Secrétaire général en application du paragraphe 19 de la résolution 676 (1991) du Conseil de sécurité*, Doc. off. CS NU, 46^e année, Doc. NU S/22559 (1991), n^o 10.

membres permanents ne disposent pas d'un droit de veto. De plus, rien n'oblige le comité créé par le Conseil à élaborer lui-même des plans d'intérêt stratégique. Il suffit qu'il approuve dans ses grandes lignes le déroulement des opérations, en particulier le déclenchement d'une offensive ou le type de cibles visées. Dans de telles conditions, l'ampleur des opérations entreprises reflète bien un consensus parmi les membres du comité, qui représentent la communauté internationale. Aucun État ne peut déclencher seul les hostilités ou procéder à une opération qui n'a pas été approuvée par le comité. De plus, le comité peut mettre fin aux opérations ou décréter une trêve. En cas de désaccord au sein du comité, le Conseil peut renverser la décision qui a été prise. Bien entendu, dans cette hypothèse, le droit de veto retrouve toute son importance ; mais la situation serait la même si le Conseil supervisait les agissements du comité d'état-major.

Le Conseil de sécurité peut également permettre à certains membres de prendre « [l]es mesures nécessaires à l'exécution [de ses] décisions [...] pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales »¹²⁴. Le Conseil doit prendre une « décision » qui sera « exécutée » par les membres¹²⁵. Cette formulation lui impose l'obligation de définir le type de mesures envisagées¹²⁶. L'article 42 envisage d'ailleurs « des démonstrations, des mesures de blocus et d'*autres opérations exécutées* par des forces aériennes, navales ou terrestres de Membres des Nations Unies » [nos italiques]. Cette phraséologie montre bien que la nature précise des mesures exécutées par les États doit être définie par le Conseil. Il en ira ainsi d'un embargo maritime, accompagné de l'autorisation d'arrêter les navires marchands afin d'inspecter leur cargaison¹²⁷. Une telle décision n'a pas pour effet de conférer une marge de manoeuvre illimitée aux États membres ; elle peut fort bien être *exécutée* par ceux-ci.

L'approche retenue en 1990 par le Conseil de sécurité est tout autre. Par sa résolution 678, adoptée le 29 novembre 1990, il autorise « les États qui coopèrent avec le Gouvernement koweïtien, si au 15 janvier 1991 l'Iraq n'a pas pleinement appliqué » les résolutions qui exigent principalement le retrait inconditionnel du Koweït, « à user de tous les moyens nécessaires » pour atteindre cet objectif « et pour rétablir la paix et la sécurité internationales ». Le Conseil a ainsi confié l'entière responsabilité d'une opération coercitive aux États membres qui désirent y participer. Ceux-ci peuvent déterminer unilatéralement quelles sont les mesures nécessaires au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales. La résolution n'est circonscrite par aucun facteur, qu'il soit territorial ou temporel, qu'il s'agisse de l'armement utilisé ou des objectifs visés. C'est ainsi que le premier ministre du Royaume-Uni a évoqué la possibilité de recourir aux armes nucléaires et que plusieurs observateurs se sont demandé si l'objectif poursuivi par les États-Unis d'Amérique n'était pas le renversement ou l'assassinat de Saddam Hussein.

¹²⁴Art. 48(1).

¹²⁵Art. 48(2).

¹²⁶Goodrich et Hambro, *supra*, note 48 aux pp. 172-73 ; H. Kelsen, *The Law of The United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, New York, Frederick A. Praeger, 1950 aux pp. 744-56.

¹²⁷Rés. CS 665, Doc. off. CS NU, 45^e année, Doc. NU S/INF/46 (1990).

Le Conseil de sécurité peut-il autoriser les États membres à déterminer individuellement quelles mesures sont nécessaires au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales ? L'arrêt *Certaines dépenses des Nations Unies*¹²⁸ permet de répondre par la négative à cette question. Il convient d'ailleurs de souligner que dans cet arrêt, la Cour déclare à plusieurs reprises que le Conseil de sécurité a le pouvoir « exclusif » d'ordonner une action de nature coercitive¹²⁹. Elle ajoute cependant que le Conseil peut s'appuyer sur d'autres articles que l'article 43 pour agir¹³⁰ : « [l]a Charte ne défend pas au Conseil de sécurité d'agir au moyen des instruments de son choix : aux termes de l'article 29 il 'peut créer les organes subsidiaires qu'il juge nécessaires à l'exercice de ses fonctions' ; en vertu de l'article 98 il peut charger le Secrétaire général d'« autres fonctions »¹³¹. On peut se demander si la Cour a envisagé l'hypothèse d'une délégation de responsabilité aux États.

De l'avis de la Cour, l'interprétation de la *Charte* doit être conforme aux buts déclarés des Nations Unies, lesquels « ne sont pas illimités »¹³². Ces buts consistent notamment à « prendre des mesures collectives efficaces en vue de prévenir et d'écartier les menaces à la paix et de réprimer tout acte d'agression ou autre rupture de la paix »¹³³. L'autorisation donnée à un grand nombre d'États de déterminer individuellement le type de mesures nécessaires au rétablissement de la paix constitue-t-elle une mesure collective ? Poser la question, c'est y répondre. Advenant l'effritement du consensus initial, un État demeure libre de continuer seul les hostilités, en fonction de ses intérêts propres. S'il s'agit d'un membre permanent, il peut utiliser son droit de veto et faire obstacle à toute tentative visant à restreindre l'ampleur de la résolution adoptée par le Conseil. Une telle situation constitue à notre avis une menace à la paix potentielle. De plus, le préambule de la *Charte* prévoit que les États membres s'engagent à « accepter les principes et instituer les méthodes garantissant qu'il ne sera pas fait usage de la force des armes, sauf dans l'intérêt commun ». La résolution 678 ne contient aucune balise permettant d'atteindre cet objectif.

D'autre part, il faut noter que seul l'article 53(1) de la *Charte* prévoit expressément la possibilité d'autoriser des opérations militaires, à condition que celles-ci soient entreprises en vertu d'accords régionaux. Dans cette hypothèse, le Conseil doit « être tenu pleinement au courant de toute action entreprise ou envisagée »¹³⁴, ce qui lui permet de se prononcer sur l'opportunité du recours à la force. Cette formule assure le caractère collectif de telles opérations. Enfin, nous avons vu qu'il existe un principe général de droit interdisant à un organisme aux pouvoirs restreints de transférer ceux-ci à des tiers. Toutes ces raisons permettent de conclure que la *Charte* n'autorise pas une délégation illimitée de pouvoir comme celle qui a été faite lors de la guerre du Golfe.

¹²⁸*Supra*, note 82.

¹²⁹*Ibid.* aux pp. 163, 165, 171, 177.

¹³⁰*Ibid.* à la p. 167.

¹³¹*Ibid.* à la p. 177.

¹³²*Ibid.* aux pp. 167-68.

¹³³Art. 1(1).

¹³⁴Art. 54.

Peut-on invoquer la pratique ou le consentement des États pour réfuter cette argumentation ? En ce qui concerne le premier point, seule la guerre de Corée peut constituer un précédent en matière d'opérations coercitives. On sait qu'en l'absence de l'Union soviétique, le Conseil de sécurité a recommandé aux États membres de placer leurs forces militaires « à la disposition d'un commandement unifié sous l'autorité des États-Unis », afin de venir en aide à la Corée du Sud et de repousser l'invasion par la Corée du Nord¹³⁵. Par la suite, le Conseil a été paralysé par le veto soviétique. Il convient de remarquer que le Conseil a simplement formulé une recommandation. De plus, la décision de confier le commandement unifié aux États-Unis a été fortement critiquée, notamment par certains États, pour des raisons semblables à celles que nous avançons¹³⁶. Compte tenu du fait que le Conseil s'est contenté de recommander la création d'un commandement unifié, certains auteurs¹³⁷ soutiennent qu'il a simplement avalisé une opération de légitime défense collective. Vu le retour imminent de l'Union soviétique, le Conseil n'avait pas réellement la capacité de prendre en charge les opérations militaires. Dans cette perspective, en se contentant de formuler des recommandations, il n'aurait pas pris les « mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales »¹³⁸. Or ces dernières sont les seules qui peuvent mettre fin au droit de légitime défense collective. À l'inverse, peu après l'invasion du Koweït, le Conseil est intervenu énergiquement en imposant un embargo et rien ne s'opposait à ce qu'il supervise le déroulement des opérations militaires¹³⁹.

Par ailleurs, un précédent fortement critiqué ne saurait constituer une pratique « toujours et uniformément » acceptée¹⁴⁰. En présence d'une violation des principes fondamentaux régissant le fonctionnement d'une organisation, le consentement d'une majorité des États n'est d'aucune utilité¹⁴¹. En somme, la pratique des États doit être uniforme et non ambiguë avant de pouvoir modifier les termes exprès de la *Charte des Nations Unies*. Rien de tel n'existe dans le cas de la résolution 678 du Conseil de sécurité.

D. Les problèmes posés par l'ampleur des opérations militaires

Le déroulement de l'offensive aérienne et terrestre de 1991 montre bien que les problèmes mentionnés ci-dessus ne sont pas simplement juridiques. Même si l'on ne conteste pas la validité de la résolution 678, il demeure que celle-ci autorisait uniquement l'emploi de mesures « nécessaires » à l'expulsion des forces irakiennes du Koweït « et au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales ». Une opération qui ne contribuait pas directement à l'affai-

¹³⁵Résolution du 7 juillet 1950, Rés. CS S/1588, Doc. off AG NU, 5e sess., Supp. n° 2, p. 27 (1950).

¹³⁶Voir Le Bouthillier et Morin, *supra*, note 122.

¹³⁷*Ibid.*

¹³⁸Art. 51 de la *Charte*.

¹³⁹Voir Le Bouthillier et Morin, *supra*, note 122, partie I.B.1.

¹⁴⁰*Avis consultatif sur la Namibie*, *supra*, note 33 à la p. 22.

¹⁴¹*Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un État aux Nations Unies*, *supra*, note 83 ; *Composition du Comité de la sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime*, *supra*, note 83.

blissement des forces armées iraqiennes n'était donc pas autorisée par cette formulation¹⁴². L'application de bonne foi de la résolution conduit ici à ne pas viser une cible dont l'utilité militaire semble douteuse¹⁴³. Le droit humanitaire impose des règles semblables. Ainsi, l'article 23(g) de l'Annexe de la *Convention de La Haye IV*¹⁴⁴ interdit la destruction de propriétés ennemies « sauf les cas où ces destructions ou ces saisies seraient impérieusement commandées par les nécessités de la guerre ». De façon générale, les forces armées ont l'obligation de « ne diriger leurs opérations que contre des objectifs militaires »¹⁴⁵. Il s'agit ici encore d'une manifestation du principe de la bonne foi lors du déroulement d'un conflit armé. En effet, les destructions inutiles n'accroissent pas les chances de succès d'un belligérant ; les États sont donc en droit de s'attendre à ce qu'il n'en soit pas fait usage. De façon similaire, le principe de proportionnalité interdit les attaques causant incidemment des pertes en vies humaines, des blessures ou des dommages aux biens « qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu »¹⁴⁶.

Dans ces conditions, il convient de s'interroger sur l'ampleur des bombardements aériens de 1991, en particulier sur la destruction systématique des moyens de transports et des centrales électriques. Rappelons que la presque totalité du territoire iraquien a été touchée, les routes, les ponts, les voies ferroviaires, les raffineries, les centres de distribution de pétrole, les installations électriques et les aqueducs étant visés¹⁴⁷. S'il était légitime de couper certaines voies de communication pour tenter d'empêcher le déploiement des missiles Scuds, le nombre et la diversité des objectifs retenus semble démesurés ; Charles-Philippe David, professeur d'études stratégiques au Collège militaire royal de St-Jean et à l'Université de Californie à Los Angeles, conclut qu'il n'était pas nécessaire de procéder ainsi pour obtenir la libération du Koweït¹⁴⁸. De plus, les gouvernements égyptiens, tunisiens et jordaniens ont, chacun à leur façon, dénoncé la destruction systématique de l'infrastructure civile de l'Iraq ; pour sa part, le président algérien s'est rallié à Saddam Hussein durant l'offensive aérienne¹⁴⁹.

¹⁴²J. Quigley, « The United States and the United Nations in the Persian Gulf War: New Order or Disorder? » (1992) 25 *Cornell Int'l L.J.* 1 aux pp. 17-19.

¹⁴³*Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra*, note 4, art. 26 ; *Charte*, art. 2(2).

¹⁴⁴*Convention concernant les Lois et Coutumes de la Guerre sur Terre*, 18 octobre 1907, 205 *Cons. T.S.* 277 à la p. 293.

¹⁴⁵Art. 48 du *Protocole I — Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés — Genève (1974-1977))*, vol. 1, Berne, Département politique fédéral, 1978 à la p. 115 [ci-après *Protocole I*] ; bien que cette convention n'ait pas été ratifiée par plusieurs États parties à la guerre du Golfe, l'art. 48 est néanmoins considéré de droit coutumier : U.S. Department of Defense, *Conduct of the Persian Gulf War: Final Report to Congress*, Appendice O, « The Role of the Law of War » à la p. O-13.

¹⁴⁶*Protocole I*, *ibid.* art. 51(5)(b), 57(2)(a)(iii). Ces dispositions peuvent elles aussi être considérées de droit coutumier. Le principe de proportionnalité s'applique aussi dans les cas de légitime défense : Le Bouthillier et Morin, *supra*, note 122.

¹⁴⁷C.-P. David, *La Guerre du Golfe : L'illusion de la victoire ?*, Montréal, Art Global, 1991 aux pp. 202-03.

¹⁴⁸*Ibid.*

¹⁴⁹*Ibid.* aux pp. 213-15.

Le gouvernement américain a pris position sur le sujet ; il affirme que les objectifs retenus étaient militaires parce qu'ils soutenaient l'effort de guerre iraquien¹⁵⁰. Plus particulièrement, le réseau de distribution d'électricité devait à son avis être visé, parce que certaines installations militaires n'étaient pas munies de génératrices¹⁵¹. Aucun détail n'est fourni sur le nombre de ces installations et sur leur importance stratégique. Était-il nécessaire de priver la majeure partie du pays d'électricité pour déloger les forces iraqiennes du Koweït ? À ce compte, la destruction des ressources alimentaires serait acceptable parce qu'elle contribue à affamer les militaires ennemis¹⁵². Ce n'est pas là l'esprit du droit humanitaire, qui vise à protéger la population civile des conséquences de la guerre. Plus le nombre d'objectifs situés à proximité de civils est élevé, plus les victimes « par ricochet » seront nombreuses. Lors de l'offensive aérienne, on a estimé que 15 000 civils avaient été blessés ou tués¹⁵³.

Par ailleurs, il est impossible de passer sous silence les progrès notables accomplis par la diplomatie soviétique quelques jours avant l'offensive terrestre. Ces démarches culminèrent avec l'acceptation par Saddam Hussein d'une proposition soviétique impliquant le retrait du Koweït¹⁵⁴. Seule la question des dommages causés par l'invasion restait en suspens ; la responsabilité de l'Iraq était toutefois indéniable en droit international et ne nécessitait aucun engagement de sa part. À tout le moins, un délai de quelques jours aurait permis d'élucider le sérieux de cette acceptation. Le cas échéant, un bain de sang aurait

¹⁵⁰U.S. Department of Defense, *supra*, note 145 aux pp. O-10 à O-16.

¹⁵¹*Ibid.* à la p. O-11 ; une première version du rapport aurait soutenu que des instructions précises n'avaient pas été acheminées en temps utile aux pilotes : M.R. Gordon, « Pentagon Study Cites Problems With Gulf Effort » *New York Times* (23 février 1992) 1.

¹⁵²L'art. 54(1) du *Protocole I*, *supra*, note 145, interdit clairement de provoquer la famine. L'art. 54(2) interdit de « mettre hors d'usage des biens indispensables à la survie de la population civile », alors que l'art. 52(2) définit un objectif militaire comme un bien qui apporte « une contribution effective à l'action militaire et dont la destruction [...] offre en l'occurrence un avantage militaire précis ». *A priori*, l'ensemble du réseau de distribution d'électricité est un bien indispensable à la survie de la population civile. Il est difficile de croire qu'il était impossible de couper l'alimentation des installations militaires sans priver d'électricité toute la population civile des régions visées. Rappelons toutefois que le *Protocole I* n'a pas été ratifié par les États-Unis et d'autres États membres de la coalition. Ces dispositions ne peuvent donc s'appliquer, sauf si elles codifient le droit international coutumier, ce qui nous apparaît probable.

¹⁵³David, *supra*, note 147 à la p. 203. Les pertes chez les militaires iraqiens pourraient atteindre 80 000 décès et 150 000 blessés (*ibid.* à la p. 253). Certains soldats ont été enterrés vivants, ce qui est proprement répugnant. Cette tactique était peut-être justifiable d'un point de vue strictement juridique, le temps manquant dans le feu de l'action pour offrir l'occasion de se rendre : U.S. Department of Defense, *supra*, note 145 aux pp. O-32 à O-33. Par ailleurs, la destruction du Bunker de *Al-Firdus* (ou *Al-Amariyah*), où plusieurs centaines de civils périrent (David, *ibid.* à la p. 203), a été officiellement justifiée par le fait qu'il s'agissait d'un centre de commandement et de communication militaire. L'accès à ce lieu était apparemment réservé aux militaires, qui gardaient l'entrée, entourée de fils barbelés (U.S. Department of Defense, *ibid.* à la p. O-14). Les forces de la coalition ignoraient de plus qu'il s'y trouvait des civils. Selon David, il n'existe aucune preuve du fait que ce bunker était un centre de communication ; il s'agirait à tout le moins d'une bavure (*ibid.* aux pp. 203-04). Cependant, s'il s'agissait effectivement d'un centre de commandement, les forces iraqiennes avaient l'obligation de ne pas y placer des civils : *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 287, art. 28. Il s'agit d'ailleurs d'une des nombreuses violations des règles du droit humanitaire commise par les Iraquiens.

¹⁵⁴David, *supra*, note 147 aux pp. 223-28.

été évité ; nous retrouvons ici l'intransigeance américaine dont il a été fait mention auparavant.

Les quelques informations présentées ci-dessus nous portent à conclure que l'offensive aérienne lancée par la coalition était disproportionnée dans les circonstances. Il est cependant malaisé de déterminer après coup quels étaient les objectifs légitimes lors d'une offensive militaire. C'est pour cette raison que la *Charte des Nations Unies* confie à un organisme collégial le soin de prendre de telles décisions : le consensus réduit les risques d'abus. On est conduit pour cette raison à remettre en question la validité même de la résolution 678, une question dont nous avons déjà discuté ci-dessus.

Conclusion

En droit international public, le principe de la bonne foi joue le plus souvent un rôle supplétif. Bien qu'en règle générale, cette notion morale permette d'écarter des solutions injustes ou déraisonnables, en pratique, son utilité n'est pas toujours aussi évidente. L'exemple du règlement pacifique des différends et de son corollaire, l'obligation de négocier de bonne foi, est révélateur à cet égard. L'exigence morale de la bonne foi ajoute fort peu à une obligation juridique particulièrement vague, celle de négocier. Aux termes de la *Charte des Nations Unies*, il importe pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales que le Conseil de sécurité soutienne étroitement la bonne foi des parties à un différend. En cas de rupture de la paix, la mauvaise foi de l'agresseur met fin à l'obligation de négocier et c'est alors au Conseil de rétablir l'ordre, tant par des mesures coercitives que par des propositions de règlement pacifiques. Lors de la crise du Golfe, malheureusement, le Conseil n'a semblé privilégier que la première approche.

La notion de bonne foi coiffe également les règles d'interprétation utilisées pour élucider le sens du traité constitutif d'une organisation internationale. Elle permet de rendre compte de la théorie des pouvoirs implicites. Celle-ci inclut un principe général de droit interdisant la délégation de responsabilité. Il s'ensuit que la simple autorisation de recourir à la force n'est pas conforme à la *Charte des Nations Unies*. Même en admettant que la résolution 678 soit valide, l'ampleur des bombardements lors de la guerre du Golfe semble difficilement conciliable avec ses exigences et celles du droit de la guerre. Dans ces conditions, il est impossible de ne pas s'interroger sur la bonne foi de la première puissance économique et militaire de la planète.
