

**LE SYLLOGISME DIALECTIQUE :
MODÈLE POUR UNE ANALYSE
STRUCTURELLE DES RAPPORTS
ENTRE FAIT ET DROIT DANS LE CADRE
DU RAISONNEMENT JURIDIQUE
EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC**

**ÉTUDE DE CAS :
L'ARRÊT GABCIKOVO-NAGYMAROS
RENDU LE 25 SEPTEMBRE 1997 PAR LA C.I.J.**

PAR

Nicolas BURNIAT (*)

ASSISTANT A L'UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES

AVEC LA COLLABORATION DE

Gilles DELFORGE

AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES

SOMMAIRE

1. LE SYLLOGISME DIALECTIQUE : CONSTRUCTION ET EXPLICATION D'UN MODÈLE ANALYTIQUE
 - 1.1. *La recherche et l'établissement du cadre normatif : majeure, hypothèse juridique, fait juridique et dispositif*
 - 1.2. *La construction et la sélection des faits, première étape et continuité du processus*
 - 1.3. *Le travail sur l'hypothèse juridique, les opérations pré- ou extra-qualificatives*
 - 1.4. *Les opérations de qualification sensu stricto*
 - 1.5. *Le problème de la localisation de la preuve à un stade du raisonnement juridique; de sa nature et de sa fonction*
2. ÉTUDE DE CAS. LE SYLLOGISME DIALECTIQUE DANS L'ARRÊT RENDU PAR LA C.I.J. LE 25 SEPTEMBRE 1997 DANS L'AFFAIRE RELATIVE AU PROJET GABCIKOVO-NAGYMAROS
 - 2.1. *Le choix de la majeure, détermination du fait juridique et du dispositif*
 - 2.2. *Première étape de construction et de sélection des faits*

(*) Tous mes remerciements vont à Jean Salmon, Pierre Klein et tout particulièrement à Olivier Corten pour leurs remarques et suggestions qui ont été précieuses dans l'élaboration de cet article. Toute erreur éventuelle ou toute imprécision reste bien entendu la seule et entière responsabilité de l'auteur. Merci à Joan pour sa patience et son soutien.

- 2.3. *L'interprétation extra-qualificative et les sous-faits juridiques*
- 2.4. *Les opérations de qualification sensu stricto*
 - 2.4.1. Qualification de l'intérêt essentiel
 - 2.4.2. Qualification du péril grave et imminent
 - 2.4.3. Qualification du « seul moyen »
 - 2.4.4. Qualification de l'état de nécessité
- 2.5. *L'utilisation de la preuve par la Cour : la preuve instrument d'établissement des faits ou instrument de qualification. Le lien entre les deux fonctions, la subjectivité*

CONCLUSION

Le raisonnement juridique est peut-être un des thèmes les moins étudiés par la littérature scientifique en droit international public. Le phénomène est d'autant plus marquant que le sujet est essentiel pour les juristes. Le droit étant avant tout une pratique, le raisonnement juridique participe de leur raison d'être, c'est le mécanisme fondamental qui régit et justifie leur activité quotidienne.

Ce désintérêt doctrinal doit dès lors avoir des raisons que la raison ne saurait ignorer. La principale de ces raisons est sans doute à mettre à l'actif de l'approche positiviste classique (1) du raisonnement juridique. Pour cette école, le raisonnement juridique est systématiquement réduit à la forme du syllogisme judiciaire (2). Or, ce syllogisme est envisagé en tant que forme, que structure, permettant l'articulation rationnelle entre fait et droit dans le cadre du raisonnement juridique, lui-même perçu comme une activité strictement logique, et assurant par là, l'émergence de l'unique bonne solution.

« L'activité du juge est une activité logique car toute décision peut être déduite des règles préalablement émises par le Souverain, sans référence à des fins sociales ou des règles morales. » (3)

La première conséquence de cette conception du raisonnement juridique est d'écarter de l'activité juridique toute forme de subjectivité. Celle-ci ne s'occupe que des faits « purs » et des règles de droit, la séparation entre fait et droit étant par ailleurs assurée de manière hermétique.

La seconde conséquence de cette conception est qu'en l'absence de toute possibilité de problématisation, la logique ne se discutant pas, le raisonnement juridique perd tout intérêt en tant que sujet d'étude.

(1) Pour une approche plus complète du positivisme et de ses différentes applications au droit voir W. FRIEDMANN, *Legal Theory*, New York, Columbia University Press, 1967, 5^e éd., pp. 253 et s.

(2) Voir notamment F. RIGAUX, *Introduction à la science du droit*, Bruxelles, Vie ouvrière, 1974, p. 357. Nous caricaturons sciemment.

(3) A.J. ARNAUD (sous la direction de), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., Bruxelles, Story-scientia, 1988, v^o positivisme, p. 306.

C'est donc l'appréhension positiviste du raisonnement juridique qui exclut la pertinence même de son étude.

Certains auteurs se sont néanmoins consacrés à une étude du raisonnement juridique. Ainsi, la rupture avec l'approche positiviste du raisonnement juridique a notamment été réalisée il y a quelques années déjà par l'école de Bruxelles sous la direction du professeur Chaïm Perelman (4). Les membres de l'école de Bruxelles se sont en effet attachés, entre autres tâches, à proposer une nouvelle analyse du syllogisme judiciaire faisant intervenir tant des éléments extérieurs au droit, qu'une nouvelle dynamique entre fait et droit.

C'est à l'une des études menées dans le cadre de cette école que cet article doit son origine. Plus précisément, nous nous référons ici au cours donné par le professeur Jean Salmon à l'Académie de droit international et intitulé « *Le fait dans l'application du droit international* » (5), qui a tenté d'appliquer au droit international les enseignements de l'École de Bruxelles.

Au travers de ce cours, le professeur Salmon analyse le raisonnement juridique sous une double perspective, interne et externe, de manière à remettre en cause la séparation stricte entre fait et droit, et l'inéluctable rationalité du « juge ».

Ainsi, d'une part, le professeur Salmon montre, en suivant les différentes étapes du syllogisme judiciaire, quelles sont les articulations et les interpénétrations qui existent entre fait et droit dans le cadre du raisonnement juridique. D'autre part, il met en évidence l'importance et le rôle des valeurs et de l'idéologie tout au long du déroulement de ce même syllogisme judiciaire.

C'est donc une optique critique à la fois compréhensive (6), dépassant la forme classique du positivisme, et explicative (7), qui fait le pont entre l'école de Bruxelles et la démarche de l'école de Reims (8), que le professeur Salmon adopte pour présenter le raisonnement juridique.

Le but du présent article est d'approfondir et de concrétiser l'aspect interne de l'analyse du raisonnement juridique adoptée par le professeur Salmon. Plus précisément, nous avons voulu, dans un premier temps, développer l'étude des relations entre fait et droit dans le raisonnement juridique tel qu'exprimé dans la motivation du jugement. Puis, au cours de cette

(4) A.J. ARNAUD, *op. cit.*, v° rhétorique juridique, p. 356. Sur le travail réalisé par l'école de Bruxelles, voir notamment les travaux du Centre National de Recherches de Logique.

(5) J.J.A. SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », Académie de droit international, *Recueil des cours*, 1982-II, t. 175, Martinus Nijhoff, The Hague, 1983, pp. 237-414.

(6) C'est à dire une optique centrée sur l'aspect interne du raisonnement juridique et consistant à mettre en évidence sa structure, ses principales étapes et la cohérence de leur articulation.

(7) C'est à dire une optique centrée sur l'aspect externe du raisonnement juridique, à savoir sa dimension axiologique et sa cohérence vis-à-vis du « réel ».

(8) Voir Ch. CHAUMONT, « Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1970-I, t. 129, pp. 335-526; ainsi que tous les volumes des *Réalités du droit international contemporain* reprenant les Actes des différentes rencontres de Reims, Reims, Presses Universitaires de Reims.

étude, nous avons été amenés à dépasser le stade du relevé des lieux (...) et des modes de rapports entre fait et droit, pour construire un modèle permettant de comprendre comment l'autorité chargée de dire le droit se représente l'articulation de ces différents rapports, au sein du raisonnement juridique, et comment cette articulation lui permet de prendre une décision. Ce que nous avons construit, c'est donc un modèle d'analyse des rapports entre fait et droit dans la « discursivité » du raisonnement juridique, et non un modèle d'explication externe du raisonnement et du résultat de celui-ci (9). Ceci ne remet pas en cause, par ailleurs, la validité et l'intérêt d'une analyse externe du raisonnement juridique; une approche n'excluant pas l'autre.

C'est ce modèle que nous allons étudier ci-dessous.

Nous l'analyserons d'abord de manière théorique en expliquant sa genèse, puis en développant pour chacune de ses étapes les différents types de relations existant entre fait et droit, et en exposant l'articulation même de ces étapes. Cet exposé théorique sera illustré par des exemples tirés de l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires* (10) qui présente le double avantage d'être extrêmement classique dans sa forme et dans l'enchaînement syllogistique des éléments de fait et de droit qu'elle contient, et d'être un des arrêts les plus commentés et les plus connus des juristes internationalistes.

Ensuite, nous l'analyserons de manière pratique, en vérifiant sa cohérence et son efficacité face à un cas pratique : l'arrêt rendu par la Cour Internationale de Justice dans l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros* (11).

I. — LE SYLLOGISME DIALECTIQUE : CONSTRUCTION ET EXPLICATION D'UN MODÈLE ANALYTIQUE

Avant de trancher dans le vif du sujet, il nous faut commencer par une précaution méthodologique relative au concept de modèle.

« On peut définir le modèle comme une représentation schématisée d'un objet quelconque : 'chose' matérielle, situation sociale, conduite humaine, etc., destinée à en faire apparaître certains traits significatifs [...]. Comme la grille apposée sur un message secret, il permet de déchiffrer une réalité complexe, en en élimi-

(9) Comme l'écrit très exactement Olivier CORTEN : « Il ne sera pas question de tenter de sonder la 'véritable' motivation du juge qu'elle relève de la psychologie, de sa détermination sociale ou de ses positions philosophiques. Seul le texte de la décision sera considéré comme un produit susceptible d'être traité scientifiquement », in *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 20.

(10) C.I.J., Affaire des *Activités militaires et paramilitaires*, Recueil, 1986.

(11) C.I.J., Affaire *Gabcikovo-Nagymaros*, Recueil, 1997. Sur les raisons de ce choix, voir *infra*, la deuxième partie de cet article.

nant tous les éléments inutiles (non significatifs) pour laisser apparaître les seuls qui soient porteurs d'un sens pour celui qui l'utilise. » (12)

Cette définition du modèle emporte un certain nombre de conséquences qui s'appliquent bien évidemment à notre propre analyse et qu'il est important que le lecteur garde à l'esprit.

La première de ces conséquences a trait à la validité et aux limites externes du modèle. Un modèle est une version parmi d'autres, une représentation particulière du sujet envisagé (13). Cela signifie qu'il n'a de préférence à la validité que du point de vue qu'il adopte, sans qu'il ne rentre en aucune manière en concurrence avec d'autres modèles éventuels envisageant le même sujet mais d'un autre point de vue.

La seconde conséquence a trait, quant à elle, à la validité et aux limites internes du modèle. La validité interne d'un modèle dépend de sa capacité à la cohérence. Pour cette raison, le modèle est toujours élaboré sous la forme la plus pure et théorique possible, la forme idéale typique (14). Or, le but d'un modèle est d'étudier un sujet concret et par conséquent naturellement « imparfait ». Il existe dès lors un risque de décalage entre le phénomène étudié et la situation idéale typique. Ce décalage est néanmoins considéré comme acceptable tant qu'il ne remet pas en cause la logique même des propositions contenues dans le modèle.

Les limites de cet article étant posées, nous pouvons passer à l'étude de ce fameux modèle.

Comme nous l'avons annoncé, nous sommes donc partis d'un relevé de l'ensemble des relations possibles entre fait et droit prenant place au sein du raisonnement juridique, ainsi que des lieux et modes d'emprise de l'un sur l'autre et vice versa. En d'autres mots, nous avons essayé d'établir une cartographie topologique des rapports entre fait et droit dans le raisonnement juridique.

Pour ce faire, nous nous sommes basés sur l'analyse extrêmement minutieuse réalisée par le professeur Salmon en la matière (15). Suivant l'ordre du syllogisme judiciaire, celui-ci a, en effet, mis en évidence, étape par étape, l'ensemble de ces rapports.

Ainsi, en ce qui concerne la majeure, il a montré comment le fait juridique et le dispositif sont structurés et influencés par le biais des valeurs, de l'aspect sémantique des normes, du caractère général ou abstrait de la formulation des faits juridiques et des fictions.

(12) M. VIRALLY, « Le phénomène juridique » in *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans.*, Paris, P.U.F., 1990, p. 38. Voir également G. FÉRREOL (sous la direction de), *Dictionnaire de sociologie*, Armand Colin, Paris, 1991, v^o modèle.

(13) A.J. ARNAUD, *op. cit.*, v^o modèle, p. 249.

(14) « Le modèle est une idéalisation d'objet, laquelle laisse de côté les caractéristiques qui ne sont pas significatives selon le niveau d'abstraction admis. » in A.J. ARNAUD, *op. cit.*, v^o modèle, p. 250.

(15) J.J.A. SALMON, *op. cit.*

De même, en ce qui concerne la mineure, rappelant que le fait n'est pas à proprement parler préexistant au droit, il a expliqué comment au contraire sa structure est définie par le droit, comment sa pertinence est liée au choix de la règle applicable et comment la construction de celui-ci relève d'un choix. Toujours pour la mineure, il a insisté sur le caractère relatif et aléatoire des opérations d'établissement de la preuve et de qualification, ainsi que sur le rôle actif et « politique » des acteurs au raisonnement juridique pour ces opérations.

Enfin, envisageant la confrontation entre majeure et mineure, il rappela les lieux d'intervention des différents problèmes venant relativiser l'opération d'interprétation : causes endogènes à la norme, syntaxiques, sémantiques ou logiques, causes exogènes à la norme, et méthodes d'interprétation.

Partant de cette analyse, nous avons donc tenté de matérialiser cette topologie du raisonnement juridique en construisant un modèle, un tableau synoptique permettant de visualiser en une fois l'ensemble des relations entre fait et droit ; et ce, aussi bien dans une optique statique et descriptive, que dans une optique dynamique illustrant l'évolution de ces relations vers la solution dégagée par l'autorité chargée de dire le droit.

Comme l'objet que nous étudions est contenu dans le cadre de la logique discursive du raisonnement juridique, nous avons dû élaborer notre tableau synoptique en respectant le modèle et la logique du discours de l'autorité chargée de dire le droit. La prégnance du positivisme et du syllogisme dans le discours judiciaire étant indiscutable, c'est la forme du syllogisme qui s'est logiquement imposée pour la construction du modèle. Néanmoins, c'est la forme du discours seule que nous cherchions à respecter et c'est en conséquence la forme seule du syllogisme que nous avons reprise, écartant volontairement les postulats positivistes (16) qui l'accompagnent habituellement. Notre modèle ne constitue donc pas un syllogisme judiciaire positiviste classique, ce qui serait d'ailleurs en contradiction avec l'optique de notre étude. Bien au contraire, il constitue un type tout particulier et nouveau de syllogisme que l'on pourrait qualifier de « syllogisme dialectique ».

Le syllogisme dialectique, c'est un syllogisme qui dépasse l'idée de cloisonnement entre fait et droit et l'idée de rationalité de celui qui « juge ». Défini de manière positive, c'est un syllogisme pragmatique et conscient de ce que chacune de ses composantes, majeure, mineure et conclusion, est le terrain d'une négociation dynamique supposant une double interrogation du fait et du droit, chaque étape étant envisagée en fonction des autres (17). Enfin, c'est aussi un syllogisme qui dans sa mécanique interne

(16) Voir *supra*.

(17) Sur l'aspect dialectique, voir A.J. ARNAUD, *op. cit.*, v° raisonnement juridique, pp. 334 et s.; G. CORNU (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, P.U.F., 1990, v° raisonnement juridique, p. 663; O. CORTEN, *op. cit.*, p. 32, n° 27; F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 1987, p. 388; J.J.A. SALMON, *op. cit.*, p. 271; M. VILLEY, « Liminaire : Don-

est plus réflexif que déductif. Ce n'est que la discursivité indispensable pour « dire le droit » qui creuse le sillon entre la structure réflexive du raisonnement juridique et l'aspect déductif de sa formulation, car en réalité, la conclusion du raisonnement juridique ne se construit pas par déduction mais bien par confrontation, rapport, mise en perspective, bref par réflexivité continue entre fait et droit (18).

Le cadre analytique est posé : le modèle que nous allons étudier est celui du syllogisme dialectique et c'est ce syllogisme que le schéma adjoind à cet article représente.

Nous pouvons donc enfin passer à l'étude théorique et au détail des relations entre fait et droit au sein du raisonnement juridique.

Nous procéderons, pour ce faire, en respectant la logique formelle du discours juridique, à savoir en analysant une à une les différentes phases du syllogisme dialectique. Chacune de ces phases est matérialisée sur le tableau par un certain nombre de flèches et identifiée par une lettre. Par souci de lisibilité, nous avons repris ces lettres tout au long de l'analyse qui suit et l'on pourra utilement s'y référer pour faire le lien entre l'exposé de la théorie et le tableau qui le soutient.

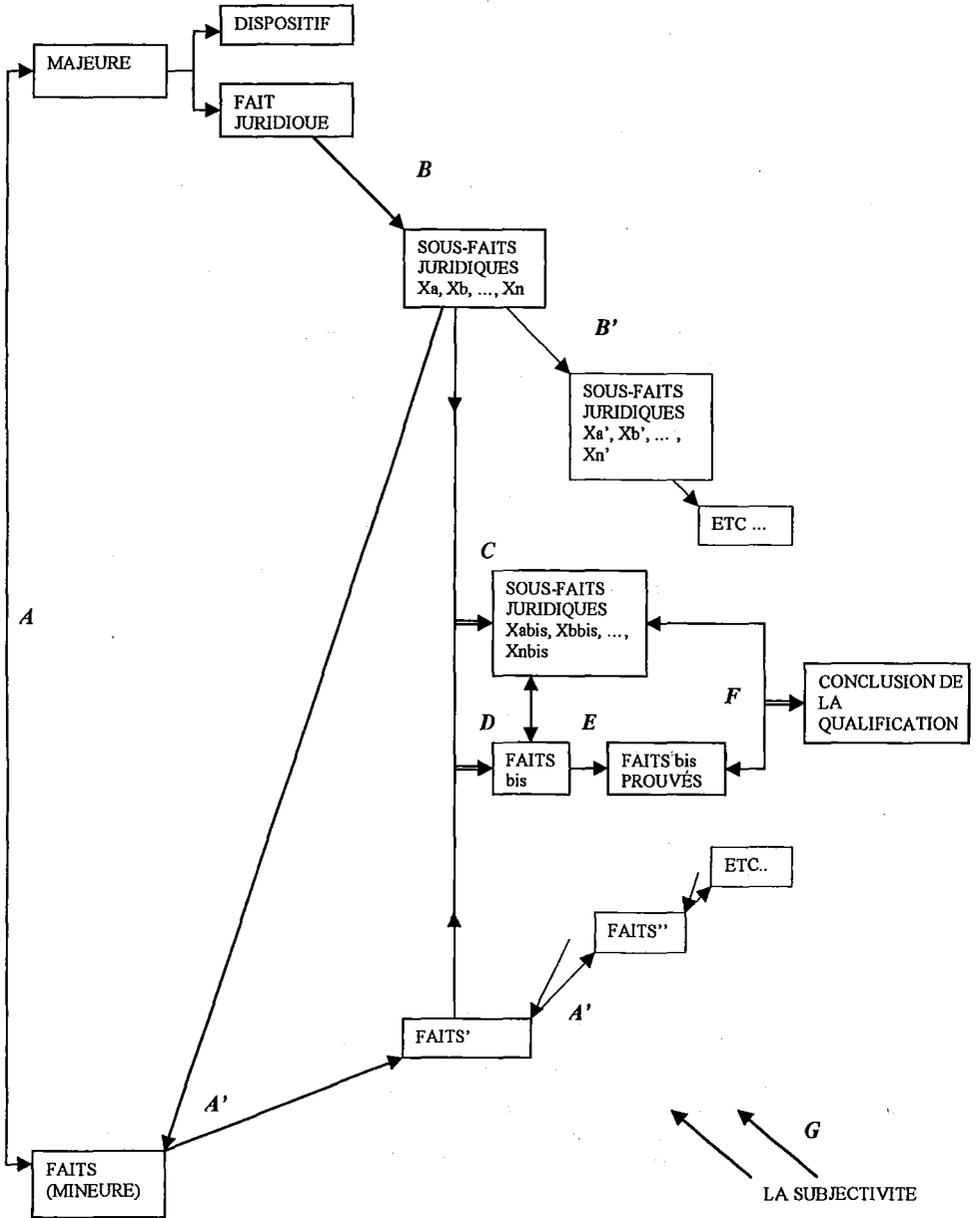
Nous demandons cependant au lecteur de ne pas perdre de vue le caractère artificiel de cette découpe en étapes, et de bien garder à l'esprit que l'ensemble des rapports entre fait et droit qui vont être présentés se déroulent dans un processus continu et réflexif.

- A* : Détermination de la majeure, structuration et sélection initiale des faits.
A' : Continuité du processus de structuration et de sélection des faits.
B, B' : Interprétation extra-qualificative.
C : Interprétation à l'aune des faits.
D : Structuration et sélection définitive des faits.
E : Preuve des faits.
F : Conclusion de la qualification.
G : Rôle de la subjectivité.

nées historiques » in *La logique du droit*, Archives de Philosophie du Droit, Paris, Sirey, 1966, t. 11, p. 13.

D'une manière plus générale, sur le rôle de la dialectique pour une théorie du droit, voir I. CETERCHI, « Le rôle de la dialectique matérialiste dans la pratique du droit international » in H. HUBIEN (éd.), *Le raisonnement juridique. Actes du congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale. Bruxelles, 30 août — 3 septembre 1971.*, Bruxelles, Bruylant, 1971, pp. 447-457; M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, Paris, François Maspero, 1976, pp. 17 et s., pp. 204 et s. Plus particulièrement sur le rôle de la dialectique en ce qui concerne le droit international, voir les multiples écrits de Charles CHAUMONT.

(18) Le renvoi à la notion de dialectique se fait à double titre. D'une part, la dialectique applique le va et vient entre les étapes du syllogisme et explique donc le raisonnement suivi. D'autre part, et comme il apparaîtra dans la seconde partie de ce travail, la dialectique structure de manière très concrète le discours du juge, la forme syllogistique étant en fait beaucoup plus complexe qu'une simple construction majeure, mineure, conclusion.



1.1. — *La recherche et l'établissement du cadre normatif : majeure, hypothèse juridique, fait juridique et dispositif. (A)*

Première opération du raisonnement juridique, la fixation du cadre normatif est primordiale en ceci qu'elle détermine le champ des interrogations et investigations qui interviendront dans la suite du raisonnement juridique. De l'établissement du cadre normatif, de la majeure, découle en effet tout naturellement l'établissement de ses deux composantes : les conditions d'application de la règle ou hypothèse juridique, encore appelées faits juridiques, et les conséquences de la règle ou dispositif. Plus précisément encore, on distinguera entre hypothèse juridique et faits juridiques selon que l'on examine les conditions d'application de la règle dans une perspective globale, on parle alors d'hypothèse juridique, ou que l'on les examine dans une perspective plus particulière, chaque hypothèse juridique étant elle-même constituée d'un ensemble de faits juridiques ou concepts juridiques.

Prenons par exemple l'article 51 de la Charte des Nations Unies. Pour rappel, celui-ci dispose que :

« Aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales. Les mesures prises par des membres dans l'exercice de ce droit de légitime défense sont immédiatement portés à la connaissance du Conseil de sécurité [...] ».

Sans rentrer dans une étude approfondie de cette disposition nous pouvons la décomposer comme suit. D'une part les conditions d'application de l'article 51, l'hypothèse juridique, à savoir l'existence d'une agression armée contre un membre des Nations Unies en l'absence de mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales prises par le Conseil de sécurité. Hypothèse, elle-même décomposable en différents faits juridiques : « agression armée », « membre des Nations Unies », « mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales »,... D'autre part, les conséquences de la survenance et de la réunion éventuelle de ces faits juridiques, le dispositif, à savoir l'autorisation pour les membres des Nations Unies d'exercer leur droit de légitime défense de manière individuelle ou collective, et l'obligation pour les membres usant de ce droit d'en référer immédiatement au Conseil de Sécurité.

L'importance de ces éléments, autant dispositif qu'hypothèse juridique, pour la suite du raisonnement juridique, fait de la détermination du cadre normatif un véritable enjeu. Bien plus qu'une simple opération logique, ce choix est le produit localisé d'une rencontre, d'une négociation, entre différentes volontés : volontés exprimées par les questions posées à l'autorité

chargée de dire le droit, et volontés issues d'un ensemble des faits pouvant être problématisés, et confrontées à ces mêmes faits (voir *A*) (19).

Ainsi, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*, la Cour reconnaît expressément l'importance des faits pour la détermination de la majeure lorsqu'elle écrit notamment :

« *La Cour, ayant exposé dans leurs grandes lignes les faits de la cause [...] ainsi que les règles générales de droit international que ces faits paraissent mettre en jeu [...] doit maintenant apprécier lesdits faits à la lumière des règles juridiques applicables* » (20).

Le rôle des faits dans le choix des règles applicables est donc primordial. C'est la raison pour laquelle cette opération ne peut être séparée de l'opération suivante, qui se déroule concomitamment.

1.2. — *La construction et la sélection des faits, première étape et continuité du processus. (A et A')*

Tout comme le choix de la majeure et, par son intermédiaire, le choix de l'hypothèse juridique déterminante est influencé et orienté par les faits, de même, les faits pris en compte par les différents acteurs juridiques sont influencés par le droit (voir *A*).

La raison en est que les faits n'ont pas d'existence « en soi », pas de contenu immanent, d'un point de vue juridique du moins. Il n'y a, pour reprendre l'expression du professeur Salmon, que « *la masse informe du 'réel'* » (21). Et pourtant, ce sont bien des faits et non le « réel » que le raisonnement juridique doit appréhender. Quelle peut alors être l'origine de ces faits ? S'ils ne sont pas donnés, si le juriste ne peut les trouver tels quels, les faits ne peuvent qu'être produits par quelqu'un ou quelque chose. Lalande écrit à ce sujet :

« *Ce serait une grave erreur de croire qu'un fait puisse être 'donné dans l'expérience'. Le fait est moins une constatation qu'une construction de l'esprit. A rigoureusement parler, les faits n'existent pas tout faits dans la nature comme les vêtements dans une maison de confection et le rôle du savant ne se trouve pas à les appeler tour à tour suivant les besoins de sa discipline, mais bien plutôt à les créer en quelque sorte en les isolant abstractivement du tout complexe dont ils font partie.* » (22)

(19) « *Il n'y a pas au point de vue juridique de fait qui puisse être constaté et noté sans une référence, au moins implicite, à une règle ou à une aspiration de droit ; et il n'est, en revanche, pas possible de poser une question de droit sans se placer dans la perspective de certains faits.* », L. HUSSON, « Le fait et le droit », in *Nouvelles études sur la pensée juridique*, Paris, Dalloz, 1974, pp. 155 et 156.

(20) C.I.J., *Affaire des Activités militaires et paramilitaires*, *Recueil*, 1986, p. 117, § 225. Nous soulignons.

(21) J.J.A. SALMON, *op. cit.*, p. 297.

(22) A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 10^e éd., Paris, P.U.F., 1992, v^o fait, p. 339, (sur la Critique Louis BOISSE).

Dans le même sens, LÉON HUSSON écrit :

Les faits dont il est question dans le raisonnement juridique ne sont, eux aussi, rien d'autre que le résultat d'une construction (23).

Cette construction obéit néanmoins à une logique bien particulière dans le cadre du raisonnement juridique. Elle s'opère suivant deux axes que nous allons tenter d'expliquer : la structuration du fait par le droit, et la sélection des faits par les parties.

On l'a dit, les faits n'ont pas d'existence « en soi » (24). Pour être plus exact, il faudrait plutôt dire que tant qu'ils n'ont pas été problématisés juridiquement, juridicisés, les faits sont a-significatifs, dépourvus de signification.

Dans cette mesure, c'est le cadre normatif, l'hypothèse juridique contenue dans la majeure, elle-même en gestation, qui va structurer cette masse informe du « réel » dont question en lui appliquant le canevas du droit. C'est le cadre normatif qui, jouant le rôle de filtre problématisant, va permettre la différenciation entre faits juridiquement pertinents et faits juridiquement non pertinents, et provoquer, par là même, l'occultation de toute une partie du « réel » pour la suite du raisonnement juridique (25).

Prenons à nouveau un exemple.

Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*, la Cour Internationale de Justice est amenée à examiner la question de savoir si les actes des États-Unis à l'encontre du Nicaragua, qu'elle a préalablement qualifiés d'actes d'agression armée, peuvent être justifiés au titre de la légitime défense, les États-Unis prétendant avoir agi sous le couvert de la légitime défense collective.

« Un fait n'est appréhendé que dans la mesure où sa matière est informée par un concept ; et il n'est compris que dans la mesure où ce concept en détermine non seulement le contour mais aussi la structure interne ». L. HUSSON, *op. cit.*, p. 154.

(23) Il s'agit bien ici d'une approche constructiviste de la connaissance juridique. Voir à ce sujet V. VILLA, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », in P. AMSELEK (sous la direction de), *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., 1994, pp. 281-291, sp. pp. 288 et s.

(24) « Il n'y a pas dans le domaine du droit [...] de faits 'en eux-mêmes' : il n'y a que les faits établis par l'autorité compétente selon la procédure prescrite par l'ordre juridique. » H. Kelsen cité par H. BATIFFOL in *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1979, p. 239, note n° 247.

(25) C'est ce point de vue que soutiennent François OST et Michel VAN DE KERCHOVE lorsqu'ils disent que le réel est « aménagé 'en vue du droit applicable' par chacun des acteurs de la vie juridique », qu'« il y a, dans l'appréhension des faits de la cause, une anticipation de l'hypothèse légale à laquelle ils répondent et du traitement juridique que celle-ci implique » et que « par une technique quasi phénoménologique de 'variations eidétiques', le juriste 'essaie' divers canevas d'interprétation jusqu'à aboutir à une solution satisfaisante dont la pré-conscience rejaillit sur l'aménagement des faits de la cause jugés pertinents ». F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, pp. 388 et s. Voir également à ce sujet, L. HUSSON, *op. cit.*, pp. 155 et s.; Ch. PERELMAN, « La distinction du fait et du droit. Le point de vue du logicien. », in *Le Fait et le droit : études de logique juridique*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1961, pp. 269-278; M. VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, L.G.D.J., 1960, pp. 16 et s.

Pour pouvoir répondre à cette question, la Cour doit d'abord examiner si le Nicaragua s'est bien livré à une agression armée contre El Salvador, le Honduras et le Costa Rica, comme le prétendent les États-Unis.

Ce qui nous intéresse ici, c'est de voir, en rapport avec cette question, quels sont les faits auxquels la Cour va consacrer son attention, et surtout, comment ces faits ont été déterminés. On suppose, en effet, qu'au moment où la question de l'agression nicaraguayenne lui est posée, la Cour est confrontée à une situation factuelle historique et géopolitique globale et donc extrêmement large, qui comprend notamment des éléments comme les relations diplomatiques entre le Nicaragua et ses pays voisins, mais également des éléments aussi divers que les échanges commerciaux et culturels entre ces pays, le relief naturel de la région ou encore la situation climatique, ... Bref une situation constitutive d'une « réalité » informe dans laquelle un tri doit être opéré.

Pour en revenir à l'arrêt, après avoir très lucidement constaté que « *L'une des grandes difficultés de la présente affaire a consisté pour la Cour à déterminer les faits se rapportant au différend* » (26), la Cour concentre son attention sur un type de faits particuliers, à savoir, des faits ayant trait d'une part, au transit par le Nicaragua d'armes et de matériel à destination de la rébellion salvadorienne, et d'autre part, à des incursions sur le territoire du Honduras et du Costa Rica.

Le passage du « réel » au fait, de l'indéterminé au pertinent est réalisé. Or si l'on examine plus avant le discours de la Cour, on remarque que ces différents faits sont systématiquement confrontés après leur sélection à la définition de l'agression, en particulier à la partie de celle-ci relative à l'envoi par un État ou en son nom de bandes armées sur le territoire d'un autre État (27).

Nous pensons donc pouvoir dire que c'est cette définition, que c'est le concept juridique « agression », dont la Cour était saisie qui a structuré les faits et permis à la Cour de les différencier selon leur pertinence, laissant par là même le climat sud américain, ainsi que de nombreux autres éléments du « réel », tomber dans l'oubli du néant juridique.

Contrairement à ce que l'on pourrait imaginer, les faits voués à intervenir dans le processus juridique ne sont, néanmoins, pas définitivement et claire-

(26) C.I.J., *Affaire des Activités militaires et paramilitaires*, Recueil, 1986, p. 38, § 57.

(27) Voir la définition de l'agression adoptée par l'Assemblée générale de l'O.N.U. le 14 décembre 1974 dans sa Résolution 3314 (XXXIX).

Article 3 : « *L'un quelconque des actes ci-après, qu'il y ait eu ou non déclaration de guerre, réunit, sous réserve des dispositions de l'article 2 et en conformité avec elles, les conditions d'un acte d'agression :*

[...]

g) *L'envoi par un État ou en son nom de bandes ou de groupes armés, de forces irrégulières ou de mercenaires qui se livrent à des actes de force armée contre un autre État d'une gravité telle qu'ils équivalent aux actes énumérés ci-dessus, ou le fait de s'engager d'une manière substantielle dans une telle action.* ».

ment fixés à la fin de la phase de juridicisation. Tous les faits juridiquement pertinents ne seront en effet pas pris en compte car les parties — entendons par là tous les intervenants potentiels au raisonnement juridique — opèrent encore une sélection parmi eux.

Cette sélection n'est pas plus automatique que le choix de la majeure; choix auquel elle est d'ailleurs liée (28). Qui plus est, cette sélection est partielle et partielle. Le but de chacun des acteurs prenant part à l'opération est d'emporter la conviction sur l'existence ou l'inexistence du matériel correspondant à un fait juridique et de provoquer ou d'empêcher par là l'application du dispositif qui lui est attaché (29).

Si l'on reprend la question des agressions hypothétiques commises par le Nicaragua dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*, et que l'on compare d'une part, les faits sélectionnés par la Cour dans l'arrêt avec les faits sélectionnés par le juge Schwebel (États-Unis d'Amérique) dans son opinion dissidente, et d'autre part, la conclusion à laquelle ils arrivent respectivement, l'aspect stratégique de la sélection des faits apparaît dans toute sa splendeur (30).

Prenons la position de la Cour. Celle-ci retient essentiellement comme faits pertinents le flux d'armes à travers le territoire du Nicaragua, mais surtout le fait qu'elle n'a pas « été à même de conclure qu'une assistance appréciable soit parvenue à l'opposition armée au Salvador [...], ni que le Gouvernement du Nicaragua ait été responsable du flux d'armes [...] » (31) et qu'elle a « très peu d'information sur les circonstances de ces incursions ou les motifs qui ont pu les inspirer [...] » (32). Partant, elle conclut à l'absence d'agression de la part du Nicaragua.

Le juge Schwebel quant à lui retient des faits différents de ceux choisis par la Cour. Il repart bien sûr du flux d'armes qu'il qualifie d'ailleurs de

(28) « La constatation des faits auxquels le raisonnement juridique s'applique, n'est pas indépendante de l'appréciation qui motive et oriente l'intervention du droit; car elle ne les appréhende et les conceptualise pas en eux-mêmes dans leur matérialité et dans leurs relations de causalité, mais en fonction des valeurs qui fournissent les critères de leur appréciation. », L. HUSSON, « L'infrastructure du raisonnement juridique » in *Études de logique juridique volume V*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1973, p. 8.

(29) Voir J.J.A. SALMON, « Quelques observations sur la qualification en droit international public », in *La motivation des décisions de justice*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 352.

(30) Le principe de l'opinion dissidente ou individuelle étant de permettre à un juge en désaccord avec la décision de la Cour d'exposer son propre raisonnement juridique et d'éviter par là, d'une certaine manière, l'intégration de celui-ci dans le discours de la Cour, il nous semble qu'un juge émettant une telle opinion et la Cour elle-même peuvent être traités comme deux acteurs distincts dans le cadre du raisonnement juridique. Ce ne sont, par ailleurs que deux des multiples acteurs susceptibles d'intervenir. A ce sujet voir par exemple M. LACHS, *Le monde de la pensée en droit international. Théories et pratique.*, Paris, Economica, 1989, pp. 209 et s.; L. V. PROTT, « The justification of decisions in the International Court of Justice », in *La motivation des décisions de justice*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 340.

(31) C.I.J., Affaire *Activités militaires et paramilitaires*, Recueil, 1986, p. 119, § 230.

(32) Précité, pp. 119 et s., § 231.

substantiel, mais il leur ajoute la participation nicaraguayenne déjà ancienne à l'entraînement, au commandement, au contrôle des insurgés salvadoriens (33), ainsi que l'inexactitude calculée des déclarations du gouvernement nicaraguayen (34). Il qualifie dès lors pour sa part le comportement du Nicaragua d'agression armée.

Des éléments de faits différents amènent la majorité de la Cour et le juge Schwebel à des solutions différentes (35).

On peut donc voir, au terme de ces deux étapes, comment les opérations de détermination de la règle applicable et de construction des faits sont d'une part liées et difficiles, si pas impossibles, à scinder, et présentent, d'autre part, un intérêt stratégique éminent.

Il ne faudrait surtout pas penser qu'une fois ces opérations terminées, l'ensemble du travail sur l'hypothèse juridique et les faits juridicisés est fini. Bien au contraire, le processus de construction des faits est un processus continu (voir *A'*) qui ne s'arrêtera qu'une fois le raisonnement juridique conclu. De même, en ce qui concerne l'hypothèse juridique, non seulement celle-ci peut être abandonnée en cours de réflexion au profit d'une autre, mais même si elle est conservée d'un bout à l'autre de l'instance, elle fera encore l'objet d'un certain nombre de transformations visant à la préciser et à la construire, elle aussi.

C'est l'ensemble de ces transformations que nous allons examiner à présent.

1.3. — *Le travail sur l'hypothèse juridique, les opérations pré- ou extra-qualificatives. (B et B')*

Citant le travail du professeur Salmon, nous avons rappelé comment il a mis en évidence les différents facteurs et lieux de caractérisation potentielle de l'hypothèse juridique : valeurs, sémantique, mode de formulation et fictions. Ces facteurs peuvent être rassemblés sous le qualificatif de « facteurs d'imprécisions ». Ainsi donc, une fois déterminée par le biais de la majeure, l'hypothèse juridique est une donnée plus ou moins brute et générale selon l'importance des facteurs d'imprécisions qui la grèvent, elle et les faits juridiques qu'elle contient (36).

(33) Précité, op. diss. Schwebel, p. 390, § 264.

(34) Précité, op. diss. Schwebel, p. 391, § 266.

(35) On peut noter dès lors toute l'importance que revêt l'attribution de la compétence de sélection des faits devant l'autorité chargée de dire le droit. Importance dont la Cour semble consciente lorsqu'elle rappelle : « *Quant aux faits de la cause, en principe la Cour n'est pas tenue de se limiter aux éléments que lui soumettent formellement les parties [...]* » C.I.J., *Affaire Activités militaires et paramilitaires*, Recueil, 1986, p. 25, § 36.

(36) « *Aussi évidente qu'elle puisse paraître, la signification d'une règle, d'une formule, d'un mot, comporte toujours une part d'équivoque et peut être entendue de plusieurs manières. Il faut renoncer à l'illusion d'un sens objectif ou vrai, pour constater que le sens est toujours construit ou reconstruit*

Face à l'hypothèse ou au fait juridique brut, les acteurs au raisonnement juridique peuvent réagir de deux manières. Soit, ils décident de procéder immédiatement à la qualification *sensu stricto* et ils confrontent alors l'hypothèse juridique brute avec les faits (voir *infra*, et C, D, E, F). Soit, aux fins de faciliter une qualification ultérieure, ils se livrent d'abord à une interprétation théorique de la règle et par conséquent de l'hypothèse juridique brute qu'elle contient, et/ou des faits juridiques bruts, concepts, qui la composent mais pris individuellement (voir B) (37).

Cette opération d'interprétation préalable à la qualification, nous l'appelons « interprétation extra-qualificative » ou « interprétation théorique ».

Interprétation à part entière, l'interprétation extra-qualificative se fait d'une manière générale et abstraite. Elle reste aussi détachée que faire se peut de la question envisagée et des faits (38). « *L'interprétation peut être mise en œuvre sous un angle théorique, en dehors de toute application à un cas concret, et elle n'a, dans ce cas, rien à voir avec la qualification.* » (39)

Son but est de préciser et de circonscrire le spectre de l'hypothèse juridique brute.

La portée de cette interprétation peut cependant rester assez limitée dans certains cas.

En effet, cette interprétation n'est que théorique et il est par conséquent extrêmement douteux qu'elle puisse jamais purger l'hypothèse juridique de l'ensemble des facteurs d'imprécisions qu'elle contient. De plus, elle se réfère souvent à d'autres termes, d'autres règles, créant ainsi de véritables sous-hypothèse ou sous-faits juridiques au sein desquels les facteurs d'imprécisions sont renvoyés comme dans autant de poupées russes (40). La définition théorique substitue à l'imprécision du concept interprété, l'imprécision des facteurs interprétatifs. Le caractère plus ou moins général et abstrait de la définition théorique de l'hypothèse juridique et l'utilité qui

par un interprète donné. », J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 1997, 3^e éd., p. 166. Voir également à ce sujet W. FRIEDMANN, *op. cit.*, pp. 270 et s.

(37) Par facilité et par souci de lisibilité, nous nous contenterons, par la suite, de parler soit de l'hypothèse juridique, soit des faits juridiques mais plus des deux à la fois. Il va de soi, bien évidemment, que tout ce qui sera dit à propos de l'hypothèse juridique est aussi valable pour les faits juridiques pris individuellement et vice-versa.

(38) Dans la mesure où l'interprétation est par définition intérieure au « cas », elle n'est jamais totalement détachée de la question envisagée et des faits. Comme le disent Jean COMBACAU et Serge SUR : « *il s'agit d'une activité positive, comportant un objet particulier et tournée vers un but pratique* », *in op. cit.*, p. 164. Néanmoins, elle reste abstraite et théorique dans la mesure où elle n'est pas encore explicitement et expressément dirigée par la spécificité des faits comme elle le sera par la suite, et n'est donc pas intégrée dans les opérations de qualifications *sensu stricto*. (voir *infra* section 1.4.)

(39) O. CORTEN, *op. cit.*, p. 78, n° 67.

(40) « *Le fait juridique est donc une notion complexe qui comportera le plus souvent le renvoi à d'autres règles et par conséquent à d'autres faits qui s'emboîtent comme des tables gigognes.* », J.J.A. SALMON *in* « La construction juridique du fait en droit international », *A.P.D.*, tome 32, 1987, p. 136.

en découle sont donc fonction de l'imprécision des sous-hypothèses juridiques auxquels elle renvoie.

Partons une fois encore de l'article 51 de la Charte des Nations Unies pour illustrer ces propos. Plus précisément, prenons le fait juridique « agression » qui y est contenu. Que le concept d'« agression » souffre d'une certaine imprécision en droit international est un euphémisme (41). Il existe néanmoins un certain nombre de définitions théoriques du concept dont la plus célèbre et surtout la plus acceptée est sans aucun doute celle adoptée par l'Assemblée générale de l'O.N.U. le 14 décembre 1974 (42).

L'article 1^{er} de cette définition prévoit :

« L'agression est l'emploi de la force armée par un État contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre État ou de toute autre manière incompatible avec la Charte des Nations Unies, ainsi qu'il ressort de la présente définition ».

Cette définition précise bien le concept d'agression et le cadre de son utilisation. Elle procède pour ce faire en renvoyant à un ensemble de sous-faits juridiques tels que « emploi de la force armée », « État », « souveraineté », « intégrité territoriale », « indépendance politique ». Ce sont ces sous-faits juridiques là qui sont, dès lors, censés permettre de déterminer l'existence ou l'inexistence d'une agression. Or il est clair qu'ils sont tout aussi imprécis que le fait juridique « agression » ne pouvait l'être lui-même. La définition de l'agression ne présente dès lors qu'un intérêt assez limité, l'ampleur de ces limites apparaissant, comme nous le verrons (43), au moment de sa confrontation à la « réalité ».

Comme nous venons de le montrer, les sous-faits juridiques sont très importants pour la qualification du fait juridique dont ils sont issus. Cette importance est telle qu'ils vont être amenés dans bien des cas, à remplacer le fait juridique dans une bonne partie des opérations de qualification ; l'idée étant que pour pouvoir qualifier une situation comme constitutive d'un fait juridique, il faut d'abord qu'elle constitue le ou les sous-faits juridiques qui le composent. Les sous-faits juridiques doivent donc être traités comme des faits juridiques à part entière et sont susceptibles de faire l'objet du même travail, aussi bien en ce qui concerne l'interprétation extra-qualificative (voir *B*) qu'en ce qui concerne les opérations de qualification proprement dites.

1.4. — *Les opérations de qualification sensu stricto.*

(C, D, et F)

Le dictionnaire Basdevant définit la qualification comme une :

(41) NGUYEN GUOC DINH, P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 1999, n° 566.

(42) Résolution 3314 (XXXIX)

(43) Voir *infra* section 1.4.

« Opération intellectuelle consistant à classer un fait, une action, une institution, une relation juridique, une règle de droit dans une catégorie juridique déterminée en vue de lui appliquer le régime juridique correspondant à cette catégorie. » (44)

Étape capitale de la réflexion juridique amenant le syllogisme à sa conclusion, la qualification est tout sauf une opération automatique qui classerait un fait construit dans une hypothèse juridique, elle aussi, déterminée. Au contraire, la qualification est l'étape ultime de la construction dialectique des faits et de l'hypothèse juridique.

Cette construction se fait selon un mouvement double et concomitant de rapprochement entre droit et fait, fait et droit.

Commençons par le premier aspect de ce mouvement : le rapprochement entre droit et fait.

L'hypothèse juridique (45) va être interprétée à nouveau (46). Seulement, cette fois, l'interprétation ne sera plus théorique mais se fera avec un ancrage matériel direct. C'est l'« interprétation à l'aune des faits » (voir C). Le sens de cette opération est d'évacuer les facteurs d'imprécisions encore présents dans l'hypothèse juridique, et de le faire au regard et par le biais des faits retenus comme pertinents. Il s'agit donc cette fois d'abaisser le droit, la règle et l'hypothèse juridique y contenue, au niveau des faits, et de concrétiser ainsi son interprétation antérieure afin de la rendre opérationnelle dans le cas d'espèce.

« En tout état de cause, il semble évident que la réponse ne peut être apportée par le fait en lui-même. Une fois celui-ci établi, on ne pourra le rattacher à une catégorie juridique en poursuivant un examen exclusivement factuel. Si le fait ne peut la donner, il faut rechercher la réponse dans le droit, c'est-à-dire déterminer plus précisément les contours de la catégorie juridique susceptible de s'appliquer afin de vérifier si le fait établi peut y être placé. Autrement dit, le raisonnement ne peut consister à élever le fait au niveau de la règle — puisque le fait brut ne fournit par définition aucun critère de qualification — mais seulement à abaisser la règle abstraite au niveau du fait concret. » (47)

Reprenons l'exemple de l'agression. Nous avons montré, au regard de l'imprécision des critères qu'elle contient, le caractère indéterminé et abs-

(44) Dictionnaire de la terminologie du droit international, Paris, Sirey, 1960, p. 493.

Voir également la définition donnée par le dictionnaire CORNU :

« Opération intellectuelle d'analyse juridique, outil essentiel de la pensée juridique, consistant à prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier (fait brut, acte, règle, etc.) et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante (d'où résulte, par rattachement, le régime juridique qui lui est applicable) en reconnaissant en lui les caractéristiques essentielles de la catégorie de rattachement. » in G. CORNU, *op. cit.*, v^o qualification, p. 653.

(45) Entendons à chaque fois également, sous-hypothèse juridique, fait juridique ou sous-fait juridique.

(46) « La qualification suppose qu'un lien juridique soit établi entre un fait et une règle qui le concerne, ce qui comporte également son interprétation, au moins implicite. », J. COMBACAU, S. SUR, *op. cit.*, p. 166. Voir également Ch. FERELMAN, *op. cit.*, pp. 275 et s.

(47) O. CORTEN, *op. cit.*, p. 76, n^o 65.

trait de la définition adoptée par l'Assemblée générale en 1974 (48). Cette généralité et cette largesse sont d'ailleurs choses acquises pour la doctrine (49), même si d'aucuns ont critiqué par ailleurs son caractère limité et lacunaire (50).

L'Assemblée générale a bien tenté de préciser le contenu de ce premier article en énonçant dans la suite de la définition une série d'exemples de situations constitutives d'actes d'agression mais elle a du avouer elle-même son incapacité à tout prévoir en réservant au Conseil de sécurité la possibilité de « *qualifier d'autres actes d'actes d'agression conformément aux dispositions de la Charte* » (51).

Le problème qui nous intéresse ici est de savoir par quel mécanisme le concept d'« agression » tel que défini de manière indéterminée, étant amené à appréhender une situation concrète et précise qui ne se présente éventuellement pas dans les termes de la définition, va s'approprier ou rejeter cette situation.

Prenons l'exemple du trafic d'armes, sur le territoire du Nicaragua, à destination de la rébellion sandiniste au Salvador, qualifié par les États-Unis d'acte d'agression de la part du Nicaragua à l'égard du Salvador, dans le cadre de l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*. Le cas du trafic d'armes et plus généralement de l'assistance matérielle à destination d'un mouvement rebelle ne rentre dans aucun des termes de la définition de l'agression et n'est prévu explicitement par aucun des exemples qui l'accompagnent. Comment dès lors, la Cour va-t-elle déterminer si ces faits peuvent être qualifiés d'agression ? Ce n'est évidemment pas en partant de la situation elle-même. On imagine mal un fait s'auto-définir. C'est donc bien du concept d'agression et de sa définition qu'il faut partir. Chaque aspect de ce concept et de sa définition va être confronté, appliqué par la Cour à la situation qui la préoccupe ici. En l'occurrence, c'est principalement par le biais de l'hypothèse juridique « envoi par un État ou en son nom de bandes ou de groupes armés qui se livrent à des actes de forces armées contre un autre État » (52), un des cas envisagés par l'article 3 de la définition de l'agression de 1974 comme exemple d'acte d'agression, sous-hypothèse juridique de l'agression, que la Cour va aborder le problème. Ainsi, confrontant cet aspect de la définition de l'agression à la problématique

(48) Voir *supra*.

(49) Voir notamment les travaux de l'école de Reims publiés in *Réalités du droit international contemporain 4. (Discours juridiques sur l'agression et réalité contemporaine)*, Actes de la 6^e rencontre de Reims, Reims, Presses Universitaires de Reims, 1982.

(50) Voir plus précisément à ce propos A. HARBI, M. CAMOURI, « La définition de l'agression à l'épreuve de la réalité », in *Réalités du droit international contemporain volume 4. (Discours juridiques sur l'agression et réalité contemporaine)*, *op. cit.*, pp. 27 et s.

(51) Article 4 de la Définition de l'agression adoptée par l'Assemblée générale de l'O.N.U. le 14 décembre 1974.

(52) Article 3, g) de la Définition de l'agression adoptée par l'Assemblée générale de l'O.N.U. le 14 décembre 1974.

que du trafic d'armes et du soutien matériel aux rebelles sandinistes, la Cour va estimer que si elle « ne voit pas de raison de refuser d'admettre qu'en droit international coutumier la prohibition de l'agression armée puisse s'appliquer à l'envoi par un État de bandes armées sur le territoire d'un autre État si cette opération est telle, par ses dimensions et ses effets, qu'elle aurait été qualifiée d'agression armée et non de simple incident de frontières si elle avait été le fait de forces armées régulières » (53), par contre, elle « ne pense pas que la notion 'd'agression armée' puisse recouvrir non seulement l'action de bandes armées [...], mais aussi une assistance à des rebelles prenant la forme de fourniture d'armements ou d'assistance logistique ou autre » (54). Le fait juridique d'agression ne comprend donc pas le cas du trafic d'armes.

Prenons à présent le second aspect du mouvement : le rapprochement entre fait et droit. Simultanément et corrélativement à cette concrétisation de l'hypothèse juridique, les faits sont définitivement sélectionnés et structurés par l'agent qualifiant (voir *D*) (55). Cette phase est assez simple ; il ne s'agit là finalement que de la répétition des différentes phases de structuration et de sélection des faits (voir *A* et *A'*) mais au stade ultime du raisonnement juridique. L'intérêt et le sens de cette étape proviennent de ce que le droit structurant les faits a évolué au cours des différentes interprétations dont nous venons de parler et qu'il a subies. Les faits susceptibles d'être pertinents ou stratégiques ne sont dès lors plus nécessairement les mêmes ou peuvent tout au moins être construits et sélectionnés de manière plus précise. Ainsi, c'est cette ultime étape de structuration des faits qui va déterminer une fois pour toutes quels sont les faits qui, s'ils sont prouvés (56) (voir *E*), seront soumis à l'opération ultime de qualification.

Toujours en ce qui concerne l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*, les faits constitués par le trafic d'armes à destination des rebelles sandinistes perdent toute pertinence pour servir à qualifier le comportement du Nicaragua d'acte d'agression, à partir du moment où la Cour a déterminé que le trafic d'armes ne constituait pas un cas d'acte d'agression. C'est en raison de cette décision préalable que la Cour peut estimer que « même à l'époque où le flux d'armes était à son maximum, et à supposer, encore une fois, que le Gouvernement nicaraguayen en eût été responsable, cela ne constituerait pas une agression armée » (57).

L'hypothèse juridique et les faits ayant ainsi été rapprochés et matérialisés, la phase de vérification de l'appartenance des faits prouvés à l'hypo-

(53) Précité, pp. 103 et s., § 195.

(54) Précité, pp. 103 et s., § 195.

(55) « Dans le passage de la règle au réel, de l'abstrait au concret, cette zone intermédiaire dans laquelle le réel s'épure et se schématise de manière à donner prise à la règle est la zone essentielle : les catégories juridiques, ce sont ces schémas grâce auxquels va pouvoir s'opérer la rencontre de la règle et du fait brut. », J. RIVERO, « La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'État français », in *Le Fait et le droit : études de logique juridique.*, op. cit., p. 142.

(56) Sur la question de la preuve, voir *infra* section 1.5.

(57) Précité, p. 119, § 230.

thèse juridique peut avoir lieu. L'opération de qualification peut se terminer. (voir *F'*)

L'opération de conclusion de la qualification est l'étape qui consiste à vérifier si les faits structurés de manière définitive et prouvés rentrent bien dans l'hypothèse juridique interprétée et concrétisée.

Il ne faudrait pas oublier, ici non plus, le rôle actif que les parties, et plus particulièrement l'agent qualifiant conservent, même à ce stade du processus. Il n'arrive en effet jamais que les opérations de qualifications aient permis une objectivation complète de la question juridique envisagée et que la qualification se fasse automatiquement. Bien au contraire, certains facteurs d'imprécisions persistent jusqu'à la prise de décision par l'autorité qualifiante, ceux-ci n'étant en fin de compte purgés que par la prise de décision active elle-même. Le processus qui permet de conclure la qualification reste par ailleurs lui-même nécessairement déductif et personnel à l'agent qualifiant, avec toute l'activité et la subjectivité que cela implique (58). Pour pouvoir dire « tel acte est une agression », il faut d'abord penser et décider « tel acte est une agression » (59).

« Dès l'instant qu'il s'agit de qualifier les actes et les situations bien plutôt que d'en déterminer les contours, deux facteurs d'incertitude s'introduisent dans le travail du classificateur. Ses divisions et ses rapprochements cessent d'être déterminés par des constatations qui s'imposent à l'observation avec le caractère inéluctable de nos perceptions extérieures, pour relever d'une analyse intellectuelle, guidée par le sens du juste, qui laisse beaucoup plus de marge à nos facultés d'invention et d'appréciation. » (60)

(58) Ce qui ne veut évidemment pas dire pour autant que ce processus est arbitraire. Comme l'exprime très justement HART :

« The decisions of cases which cannot be exhibited as deduction from determinate legal rules have often been described as arbitrary. Although much empirical study of the judicial process remains to be done, it is obvious that this description and the dichotomy of logical deduction and arbitrary decision, if taken as exhaustive, is misleading. Judges do not generally when legal rules fail to determine a unique result, intrude their personal preferences or blindly choose among alternatives; and when words like 'choice' and 'discretion', or phrases such as 'creative activity' and 'interstitial legislation' are used to describe decisions, these do not mean that courts do decide arbitrarily without elaborating reasons for their decisions — and still less any legal system authorizes decisions of this kind. », in H. L. A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 106 et s.

(59) *« A ce point, le problème est de voir si le cadre abstrait du fait X correspond au cadre abstrait de ce qui est illicite. Décider si ce qui est illicite juridiquement et auquel correspond un fait matériel est une poursuite logique qui ne peut être terminée en rentrant sur le plan des idées — en effet ici il s'agit d'accomplir un jugement d'attribution. On attribue, au moins cela semble ainsi, une idée à une autre idée, l'idée du cadre juridique X est attribuée à l'idée du fait matériel X. — Les juristes parlent de qualification juridique d'un fait. »*, A. TARANTINO, « Raisonement et décision dans le droit », in H. HUBIEN (éd.), *op. cit.*, pp. 153 et 154. Voir également à ce sujet G. KALINOWSKI, *Introduction à la logique juridique. Éléments de sémiotique juridique, logique des normes et logique juridique.*, Paris, L.G.D.J., 1965, pp. 171 et s.

(60) L. HUSSON, *Les transformations de la responsabilité. Étude sur la pensée juridique*, Paris, P.U.F., 1947, p. 230. Voir aussi à ce sujet Ch. PERELMAN, « L'usage et l'abus de notions confuses », *Études de logique juridique. Vol. VII*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1978, pp. 9 et s.

Si l'on reprend l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*, une des dernières opérations à laquelle la Cour se livre dans la partie de l'arrêt relative à la question de savoir si les activités des États-Unis peuvent être qualifiées d'actes de légitime défense collective, consiste à déterminer si ces activités « *avaient respecté strictement les exigences de nécessité et de proportionnalité* » (61). La Cour doit donc examiner si les activités des États-Unis peuvent être qualifiées de nécessaires et de proportionnelles. Elle doit dire : « les activités des États-Unis sont/ne sont pas, nécessaires/ proportionnelles ». L'exemple est ici caricatural, car ce sont deux concepts juridiques particulièrement imprécis, la nécessité (62) et la proportionnalité, qui doivent servir à cette qualification. Il n'existe en effet aucun lien logique permettant d'inférer automatiquement, voire même de subsumer la nécessité et la proportionnalité d'une situation. Le concept de proportionnalité n'implique-t-il pas, par lui-même, l'idée de balance, de pesée d'intérêts ? Comment dès lors, la Cour pourrait-elle faire autrement pour qualifier que d'évaluer les différents éléments de la situation, quelle que soit leur pertinence par ailleurs ? C'est, sans aucun doute, à une telle évaluation active que la Cour a dû se livrer et qui lui a permis de décider que « *les mesures prises par les États-Unis [...] ne peuvent pas être considérées comme correspondant à une 'nécessité' propre à justifier leur action en réplique à l'assistance que le Nicaragua aurait apportée à l'opposition armée au Salvador* » (63) et qu'il est « *clair que ces dernières activités des États-Unis sont sans proportion avec cette assistance* » (64).

C'est donc bien d'une prise de décision responsable et évaluative, d'une construction active, et non de la simple constatation d'une qualification « spontanée », dont il est question, encore une fois, à ce stade (65).

1.5. — *Le problème de la localisation de la preuve à un stade du raisonnement juridique ; de sa nature et de sa fonction. (E et G)*

La problématique de la preuve du droit, comme des faits, illustre bien les difficultés qu'il peut y avoir à retranscrire d'une manière structurée, temporelle et linéaire le déroulement du processus unique et quasi indivisible de la réflexion juridique.

(61) Précité, p. 122, § 237.

(62) Sur le caractère imprécis du concept juridique de nécessité, voir *infra*, note 80.

(63) Précité, p. 122, § 237.

(64) Précité, p. 122, § 237.

(65) Ce que le professeur SALMON appelle « *une appréciation évaluative* » in « *Le fait dans l'application du droit international* », *op. cit.*, p. 341.

Voir également l'opinion de Jean COMBACAU et Serge SUR au sujet de la qualification en droit international :

« *Loin donc de relever d'un processus objectif et automatique, cette qualification [...] résulte en règle générale d'une appréciation individuelle.* », in J. COMBACAU, S. SUR, *op. cit.*, p. 202.

Il nous semble en effet que plusieurs possibilités s'offrent à celui qui cherche à situer la preuve dans le raisonnement juridique. Plus précisément nous percevons deux positions complètement antagonistes mais néanmoins également valides quant à la localisation de la preuve ; positions qui diffèrent selon que l'on analyse plutôt la nature et la dynamique de celle-ci ou plutôt sa fonction dans le raisonnement juridique.

Quant à la place de la preuve si l'on analyse sa nature et sa dynamique, tout d'abord.

La preuve est tout comme les faits et les hypothèses juridiques, une construction. Mais construction d'un attribut et non d'un objet. La preuve n'est effectivement pas un fait existant mais un discours sur ce qui peut être tenu pour réel : elle dit le judiciairement « vrai » (66). Etant un caractère conféré, une qualité, la qualité probante, reconnue ou non à un fait, une règle,..., la preuve est indissociable du rôle et de l'intervention des différents acteurs de la réflexion juridique. Dès lors, et malgré l'existence de différentes règles de procédure quant à l'établissement et au traitement de celle-ci, la preuve du droit ou des faits ne peut pas être située à un moment particulier du syllogisme et de la réflexion juridique. Au contraire, la preuve est présente en permanence, et à toutes les étapes du processus, de manière continue et diffuse. Elle se situe là où la réflexion se déroule, là où les enjeux sont manifestés et négociés.

Dans cette optique, la preuve comme le rôle des parties, s'il leur arrive de se manifester davantage à certains moments du processus qu'à d'autres, ne se localisent pas, mais interviennent de manière transversale à travers tout le processus. Ils occupent la place transhumante de la subjectivité (voir *G*).

Par contre, si on analyse la fonction de la preuve dans le raisonnement juridique, il devient impératif de localiser celle-ci au moins à un moment précis. En effet, la preuve, avec toutes les règles qui la caractérisent, participe automatiquement et nécessairement de la qualification en ce que la cohérence et la légitimité interne (67) du raisonnement juridique impliquent que seuls les faits « dits » prouvés sont susceptibles de faire l'objet de l'opé-

(66) La Cour Internationale de Justice le reconnaît lorsqu'elle dit :

« *La Cour* dispose d'une certaine latitude pour apprécier librement la valeur des divers moyens de preuve, étant clair par ailleurs que les principes généraux de procédure judiciaire gouvernent nécessairement ce qui peut être tenu pour établi. » in C.I.J., *Affaire des Activités militaires et paramilitaires*, Recueil, 1986, p. 40, § 60. Nous soulignons.

Sur cette même question les propos de Paul FORIERS :

« *Un fait n'est pas une chose ou un événement réellement existant, c'est une chose dont l'existence (réelle ou hypothétique) est assumée en droit au départ d'une technique spécifique.* » P. FORIERS, « Introduction au droit de la preuve » in *La preuve en droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 12.

Voir également, H. BATIFFOL, « Observations sur la preuve des faits », in *La preuve en droit*, op. cit., pp. 303 et s. ; P. FORIERS, « Considérations sur la preuve judiciaire », in *La preuve en droit*, op. cit., pp. 315 et s., sp. p. 318.

(67) Et externe aussi par ailleurs. Voir conclusion.

ration de qualification, la structuration et la sélection des faits n'étant pas suffisantes à cet égard (68). La preuve appert alors dans le raisonnement juridique comme l'ultime condition, et donc l'ultime étape de construction des faits, avant la qualification (voir *B*) (69).

Voici donc terminée la description et l'explication du syllogisme dialectique et de ses nombreuses étapes. Si nous avons déjà pu illustrer en partie notre exposé au moyen l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*, il nous appartient à présent de dépasser cette simple illustration pour concrétiser et vérifier ce modèle en le confrontant non plus à certains passages de jurisprudence, mais à l'intégralité d'un arrêt, ou tout du moins du traitement d'une question juridique. C'est ce à quoi nous allons procéder à présent à l'aide de l'arrêt *Gabcikovo-Nagymaros* rendu par la Cour Internationale de Justice.

2. — ETUDE DE CAS. LE SYLLOGISME DIALECTIQUE
DANS L'ARRÊT RENDU PAR LA C.I.J. LE 25 SEPTEMBRE 1997
DANS L'AFFAIRE RELATIVE AU PROJET GABCIKOVO-NAGYMAROS

L'arrêt *Gabcikovo-Nagymaros* nous a semblé être le sujet d'étude parfait. Il allie en effet, plusieurs qualités essentielles. Tout d'abord, d'un point de vue général et externe, nous pensons pouvoir dire que l'autorité et l'expérience dont jouit la Cour Internationale de Justice confèrent à ses arrêts et avis une certaine représentativité du modèle de la réflexion juridique en droit international. Ensuite, et ici d'un point de vue interne et plus particulier, l'arrêt *Gabcikovo-Nagymaros* présente un nombre élevé de problèmes liés à des questions de faits, d'interprétation, de qualification, ..., tels qu'envisagés ci-dessus.

Rappelons les éléments essentiels de la cause.

Celle-ci voit s'opposer la Hongrie et la Slovaquie dans une affaire relative à la violation d'un traité les liant et prévoyant la construction de barrages sur leurs territoires respectifs.

Suite à ce conflit, le 2 juillet 1993, la Hongrie et la Slovaquie ont saisi la Cour Internationale de Justice par compromis et lui ont soumis ces questions (70) :

(68) Voir la section précédente.

(69) On pourrait objecter ici que la preuve des faits est la première étape du raisonnement juridique dans la mesure où si les faits ne sont pas prouvés le raisonnement juridique devient inutile. Néanmoins, si l'on considère, comme nous l'avons fait, que les faits qui seront finalement retenus pour la qualification sont le produit d'un processus de construction et de sélection qui ne s'achève qu'à la toute fin du raisonnement juridique, juste avant l'opération de qualification proprement dite, il apparaît que la preuve de ces faits ne peut logiquement pas intervenir, à tout le moins de manière décisive, avant la fin de ce processus.

(70) C.I.J., précité, n° 2, pp. 11 et s.

« 1) La Cour est priée de dire, sur la base du traité et des règles et principes du droit international général, ainsi que de tous autres traités qu'elle jugera applicables :

a) si la République de Hongrie était en droit de suspendre puis d'abandonner, en 1989, les travaux relatifs au projet de Nagymaros ainsi qu'à la partie du projet de Gabčíkovo dont la République de Hongrie est responsable aux termes du traité;

b) si la République fédérative tchèque et slovaque était en droit de recourir, en novembre 1991, à la 'solution provisoire' et de mettre en service, à partir d'octobre 1992, ce système, décrit dans le rapport en date du 23 novembre 1992 du groupe de travail d'experts indépendants nommés par la Commission des Communautés européennes, la République de Hongrie et la République fédérative tchèque et slovaque (construction d'un barrage sur le Danube au kilomètre 1851,7 du fleuve, en territoire tchécoslovaque, et conséquences en résultant pour l'écoulement des eaux et la navigation);

c) quels sont les effets juridiques de la notification, le 19 mai 1992, de la terminaison du traité par la République de Hongrie.

2) La Cour est également priée de déterminer les conséquences juridiques, y compris les droits et obligations pour les Parties, de l'arrêt qu'elle rendra sur les questions énoncées au paragraphe 1 du présent article. »

Nous avons concentré notre travail sur l'analyse au fond de la première question, relative à l'arrêt des travaux par la Hongrie, celle-ci s'étant révélée offrir le champ d'investigation et d'analyse le plus complet, en lui appliquant de manière systématique le modèle du syllogisme dialectique.

Il est fort probable ici que l'ensemble des étapes décrites plus haut dans l'exposé du schéma analytique n'apparaîtra pas de manière complète pour chacun des points et des sous-questions envisagés par la Cour. A ce propos, nous rappelons une fois encore que ce schéma ne reste qu'un idéal-type et que certaines étapes ont peut-être parfois été jugées superflues ou, tout simplement, ignorées par la Cour.

La question dont nous allons analyser le traitement par la Cour est donc la suivante : la République de Hongrie était-elle en droit de suspendre puis d'abandonner, en 1989, les travaux dont elle est responsable aux termes du traité? (71) Pour se faire, reprenons une à une, les différentes étapes du syllogisme dialectique que nous avons dégagées dans la première partie de cette étude.

2.1. — *Le choix de la majeure, détermination du fait juridique et du dispositif. (A)*

Nous avons souligné que le choix de la majeure était un enjeu capital du raisonnement juridique, orienté par les questions posées par les parties à l'autorité chargée de dire le droit, et par le contexte factuel du développement de ces questions.

(71) C.I.J., précité, n° 27 à 59, pp. 29 à 46.

Cet aspect d'enjeu ressort particulièrement dans cette première question relative à l'arrêt des travaux. En effet, au premier abord, le choix de la majeure paraît ne pas devoir poser trop de problème puisque la question posée et les faits invoqués sont non seulement précis, mais font, en plus, l'objet d'un consensus de la part des parties qui ressort du compromis soumis à la Cour.

A première vue, les faits sont simples : il s'agit de la suspension puis de l'arrêt des travaux par la République de Hongrie. Quant à la question juridique, elle concerne le droit de suspension et d'abandon des travaux par la Hongrie.

Cependant, face à ces faits et à cette question, les parties à la cause ont une approche radicalement différente.

La République de Hongrie focalise son attention sur le droit de l'environnement et les dommages encourus par celui-ci. Invoquant sur cette base la survenance d'un état de nécessité écologique, elle conclut que la suspension et l'interruption des travaux ne constituent pas une suspension de l'application du traité (72).

La Slovaquie se focalise, pour sa part, sur le droit des traités et la suspension des travaux. Concluant à la suspension du traité par la Hongrie en violation des termes de celui-ci, elle inscrit en conséquence les débats dans le cadre juridique du droit de la responsabilité des États (73).

Ce dont il s'agit ici pour les parties, c'est donc de déterminer quel est le cadre juridique, la première majeure, dans lequel la Cour inscrira ses débats (A). L'enjeu est évident puisque, à partir du moment où l'on se situe dans la sphère du droit de la responsabilité internationale, c'est qu'on estime déjà qu'il y a eu violation du droit des traités. Une étape entière de négociation juridique est en jeu.

Face à ces deux propositions de cadre juridique distinct, c'est la Cour, chargée de dire le droit, qui va trancher. Pour ce faire, la Cour part des mêmes faits, à savoir la suspension et l'arrêt des travaux, faits auxquels elle ajoute cependant d'une part, une interprétation du comportement de la Hongrie comme « *traduisant sa volonté de ne pas exécuter au moins certaines dispositions du traité...* » (74), et d'autre part, la déduction des conséquences du comportement de la Hongrie, « *l'effet* » de celui-ci ayant été « *de rendre impossible la réalisation du système d'ouvrages...* » (75).

(72) Voir les arguments de la Hongrie repris par la Cour dans son arrêt. C.I.J., précité, n^{os} 40 à 42, pp. 35 à 37.

(73) Voir les arguments de la Hongrie repris par la Cour dans son arrêt. C.I.J., précité, n^{os} 43 à 45, pp. 37 à 38.

(74) C.I.J., précité, n^o 48, p. 39.

(75) C.I.J., précité, n^o 48, p. 39.

Sur cette base, la Cour décide que la suspension *de facto* du traité est acquise :

« La Cour ne peut suivre la Hongrie lorsque celle-ci soutient qu'en suspendant puis en abandonnant en 1989 les travaux [...], elle n'a pas pour autant suspendu l'application du traité lui-même, puis rejeté ce traité [...] » (76).

Avec cette première décision, la Cour détermine une première majeure du raisonnement juridique. On peut la résumer comme suit : l'inexécution d'un traité est illicite sauf cause d'exonération de la responsabilité.

Dès lors, le débat ne peut plus porter que sur cette dernière question : l'existence d'éventuelles causes de justifications ou d'excuses.

Une fois le cadre juridique fixé, reste à lui donner un contenu plus précis. Celui-ci découle logiquement de la confrontation entre cette première majeure et les argumentaires des parties. En effet, si la Cour estime qu'il y a eu suspension du traité et que c'est, en conséquence, le droit de la responsabilité des États qui doit être discuté, la ou les réflexions qu'elle mènera par la suite seront tirées des arguments des parties relatifs à cette question de responsabilité. La majeure est reconfrontée aux faits mais, cette fois, à ceux qui sont pertinents à son égard.

En l'occurrence, c'est la question de l'état de nécessité écologique invoqué par la Hongrie, et plus précisément de son existence aussi bien matérielle, que comme cause de justification susceptible d'exclure la mise en cause de la responsabilité de la Hongrie, qui sera envisagée par la Cour.

Déoulant de la confrontation de la première majeure aux faits et volontés des parties (A) la question de l'état de nécessité, sorte de sous-hypothèse juridique issue du concept de cause d'exclusion de l'illicéité de la violation d'un traité, devient une deuxième majeure et remplace la première dans le raisonnement de la Cour, marquant par là le caractère évolutif et dynamique de cette première étape du raisonnement juridique qu'est la détermination de la majeure.

La question est donc à présent *« de savoir s'il existait, en 1989, un état de nécessité qui eût permis à la Hongrie, sans engager sa responsabilité internationale, de suspendre et d'abandonner les travaux, qu'elle était tenue de réaliser conformément au traité » (77).*

Exprimée de manière théorique, la nouvelle majeure est la suivante : l'état de nécessité est une cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à une obligation internationale.

L'hypothèse juridique est le concept d'« état de nécessité » ; le dispositif est l'exclusion de l'illicéité.

(76) C.I.J., précité, n° 48, p. 39.

(77) C.I.J., précité, n° 49, p. 39.

2.2. — *Première étape de construction
et de sélection des faits. (A)*

Étant partie du simple fait constitué par la suspension et l'abandon des travaux par la Hongrie, la Cour en est arrivée à déterminer une hypothèse juridique, l'état de nécessité.

Par un mouvement de rétroaction réflexive, c'est donc le concept d'état de nécessité qui va structurer les faits et déterminer la pertinence de ceux-ci à son égard.

Il est impossible d'établir une liste exhaustive de l'ensemble des faits ainsi rendus pertinents au regard du concept d'état de nécessité. La pertinence est perçue par le biais des acteurs de l'instance et qui plus est, elle ne nous est connue que pour ce que ces parties veulent bien en communiquer. Mais c'est là, précisément, que tout le rôle stratégique de la sélection des faits par les parties trouve à s'exprimer. Non seulement, la pertinence de faits n'est pas perçue de la même manière par les parties, mais en plus les faits invoqués par celles-ci sont plus que divergents, tout à fait différents. Le discours autant que le silence arment le bras de la subjectivité.

Ainsi, la Hongrie, voulant prouver l'existence d'un état de nécessité écologique, retient comme faits pertinents un ensemble de risques écologiques variés causés par la construction et la mise en œuvre future des travaux prévus au traité : baisse du niveau des eaux souterraines, ensablement des divers bras des cours d'eau, ensablement, eutrophisation, dégradation de la qualité de l'eau, menace pour l'habitat aquatique..., ainsi que le refus de la Slovaquie de prendre en considération ces risques écologiques, refus qui aurait empêché tout moyen d'éviter la réalisation de ces risques et qui constituerait une violation du traité (78).

Pour sa part, la Slovaquie, contestant l'existence d'un état de nécessité écologique, a principalement mis en avant le fait qu'il n'y avait pas d'accord sur les modalités et le régime d'exploitation des barrages, les éventuels risques écologiques étant directement liés au type d'exploitation, ainsi que le fait qu'il existait d'autres moyens que l'arrêt des travaux pour remédier à ces risques, et enfin le fait qu'elle n'avait en aucune manière violé le traité (79).

Le point de vue de la Cour sur les faits pertinents est inconnu à ce stade du raisonnement tel que présenté dans l'arrêt. En effet, dans un premier temps la Cour ne se livre pas ouvertement à sa propre sélection des faits. Elle ne présentera ses choix en la matière que plus tard, au cours de l'analyse approfondie du concept d'« état de nécessité » et des opérations de qualifications proprement dites, en même temps que se posera la problématique

(78) C.I.J., précité, nos 40 et 41, pp. 35 et 36.

(79) C.I.J., précité, nos 44 et 45, pp. 37 et 38.

de la preuve des faits. C'est à ce moment donc que nous aborderons le sujet afin de respecter la chronologie du discours de l'arrêt.

2.3. — *L'interprétation extra-qualificative et les sous-faits juridiques. (B)*

Nous avons annoncé plus haut que l'hypothèse juridique une fois déterminée devait parfois faire l'objet d'un travail d'approfondissement et ce principalement en raison du degré d'imprécision la caractérisant.

En l'occurrence, l'hypothèse juridique « état de nécessité » présente un certain nombre de facteurs d'imprécisions dont les principaux sont le caractère général et abstrait et le caractère évaluatif de l'expression. Général et abstrait car le concept d'état de nécessité n'est pas propre au droit international mais au contraire apparaît dans de très nombreuses branches du droit, et car les termes qui le composent sont eux même susceptibles de contenus multiples. Évaluatif car le terme « nécessité » sous-entend un jugement de valeur subjectif (80).

Dès lors, afin de préciser le contenu de l'hypothèse juridique « état de nécessité », la Cour va l'interpréter de manière théorique, c'est-à-dire sans se référer spécifiquement aux faits de la cause.

Pour ce faire, la Cour se réfère, avec le soutien des parties, à la définition et aux critères dégagés par la Commission du droit international dans l'article 33 du projet d'articles sur la responsabilité internationale des États (81).

La définition de l'état de nécessité adoptée par la Commission est la suivante :

« Situation où se trouve un État n'ayant absolument pas d'autre moyen de sauvegarder un intérêt essentiel menacé par un péril grave et imminent que celui d'adopter un comportement non conforme à ce qui est requis de lui par une obligation internationale envers un autre État » (82).

Le caractère théorique de cette interprétation est clair puisque provenant d'une source que l'on peut qualifier de classique et bénéficiant d'une certaine autorité, elle ne comporte aucune référence, aucun lien, direct ou indi-

(80) Même si dans la plupart des cas *nécessaire* peut être entendu comme *indispensable*, il n'en est néanmoins pas toujours ainsi. André LALANDE de rappeler à ce sujet :

« Il est traditionnel de donner du sens de ce mot une formule générale : est nécessaire ce qui ne peut être autrement. Mais cette formule n'a qu'une unité verbale ; elle change beaucoup de signification suivant ce à quoi on l'applique. », in A. LALANDE, *op. cit.*, v° nécessaire, p. 676.

(81) C.I.J., précité, n° 50, pp. 39 et 40.

(82) *Annuaire de la Commission du droit international*, 1980, vol. II, 2° partie, p. 33.

rect, avec les particularités de l'état de nécessité dont question dans l'instance, à savoir son caractère écologique.

Pour ce qui est de l'efficacité de l'interprétation fournie, du point de vue de la clarification de l'hypothèse juridique « état de nécessité », il convient de s'arrêter un instant sur le contenu de cette interprétation.

La définition donnée par la Commission de droit international, ainsi que le projet d'article 33, opèrent une décomposition de l'hypothèse juridique « état de nécessité » en plusieurs éléments. Il faut, pour qu'il y ait état de nécessité que l'État ait adopté un comportement non conforme au droit international parce qu'il n'avait :

- aucun autre moyen,
- de sauvegarder un intérêt essentiel,
- menacé par un péril grave et imminent (83).

« Seul moyen », « intérêt essentiel », « péril grave et imminent », sont les trois composantes qui précisent le contenu du concept d'état de nécessité.

Cependant, l'hypothèse juridique « état de nécessité », pour avoir été précisée, n'est pas pour autant purgée de ses facteurs d'imprécisions. En effet, en provoquant ainsi le découpage de l'hypothèse juridique « état de nécessité », la Cour a « autonomisé » ses trois composantes en autant de concepts clefs de la réflexion juridique menée, les transformant en véritables sous-faits juridiques qui, pour une grande partie des opérations de qualification ultérieures, viendront remplacer l'hypothèse juridique « état de nécessité » dans le travail de la Cour. Ce faisant, la Cour a par la même occasion transféré dans ces sous-faits juridiques l'ensemble des facteurs d'imprécisions qui grevaient le concept d'état de nécessité. L'aspect général de termes comme « moyen, intérêt, menace, péril » est aussi évident que le caractère évaluatif des termes « seul, essentiel, grave, imminent ».

Dès lors, il serait possible que la Cour se livre une fois encore, pour chacun des ces sous-faits juridiques, à une nouvelle interprétation extra-qualificative. (B^o) Cela n'a cependant pas été le cas cette fois-ci, et l'on peut donc passer aux opérations de qualification sensu stricto : interprétation au regard des faits, structuration définitive des faits, preuve des faits et conclusion de la qualification.

(83) L'article 33 et la Cour ajoutent deux autres conditions pour qu'une situation reconnue comme constitutive d'un état de nécessité puisse être invoquée comme cause d'exclusion de l'illégalité d'un fait, à savoir que ce fait ne doit pas avoir gravement porté atteinte à un intérêt essentiel de l'État qui subit l'acte « illicite », et que l'État qui invoque l'état de nécessité ne doit pas avoir contribué à la survenance cet état.

Ces deux conditions n'étant pas directement des éléments composants le concept d'état de nécessité mais seulement des conditions de sa recevabilité, leur analyse nous a semblé inutile et superflue puisque étrangère à l'opération de qualification, proprement dite, du seul concept « état de nécessité ».

2.4. — *Les opérations de qualification sensu stricto*
(C, D, E, F)

Comme nous venons de l'annoncer, la Cour substitue, dans les opérations de qualification, l'analyse des sous-faits juridiques « intérêt essentiel », « péril grave et imminent » et « seul moyen » à celle du fait juridique « état de nécessité ».

En effet, replacée dans le contexte de la définition de l'état de nécessité, la réunion de ces trois éléments apparaît comme nécessaire mais suffisante pour témoigner de l'existence d'un état de nécessité, de sorte que la qualification cumulative des faits de la cause comme constitutifs de chacun de ces trois sous-faits juridiques équivaut à une qualification de l'ensemble de la situation comme correspondant à un état de nécessité.

Si la Cour n'a pas estimé nécessaire d'interpréter de manière théorique et extra-qualificative les sous-faits juridiques sus-cités, elle va néanmoins devoir les préciser, les concrétiser au regard des faits sélectionnés, afin de les rendre opérationnels. (C)

De même, elle va devoir opérer la sélection des faits dont elle s'était abstenue jusque là, mais d'après leur pertinence au regard direct de chacun de ces sous-faits juridiques et non plus de l'état de nécessité envisagé globalement (D), et vérifier si ces faits sont prouvés. (E)

Ce sont ces deux étapes, interprétation de l'hypothèse juridique (entendons ici sous-fait juridique) à l'aune des faits, et structuration définitive des faits au regard de la concrétisation de l'hypothèse juridique opérée par l'agent qualifiant avec vérification de leur établissement, qui forment les opérations de qualification auxquelles la Cour se livre, et que nous allons à présent étudier pour chacun des sous-faits juridiques envisagés.

2.4.1. *Qualification de l'intérêt essentiel*

Les faits sélectionnés par la Cour comme susceptibles d'être qualifiés d'« intérêt essentiel » de l'État sont les préoccupations environnementales de la Hongrie. Cette sélection n'apparaît pas réellement comme problématique dans la mesure où la réalité de ces préoccupations n'est contestée par aucune des parties (D et E), et ne fait donc pas figure d'enjeu.

Par contre, la manière dont la Cour va concrétiser le concept d'intérêt essentiel, afin de déterminer si des préoccupations écologiques peuvent y être incluses, est particulièrement illustrative du rapprochement effectué entre fait et droit et du lien nécessaire qui les unit. (C)

En effet, par rapport au concept d'intérêt essentiel, le terme de préoccupation nous semble contenir une double imprécision axée sur le problème de la matérialité. D'une part, matérialité de la préoccupation elle-même : une préoccupation est-elle un souci, une pensée, bref un acte cognitif insai-

sisable, ou est-elle plus que cela et comporte-t-elle un aspect plus matériel ou à tout le moins vérifiable. D'autre part, matérialité de l'objet sur lequel se porte la préoccupation : existe-t-il déjà ou est-il en devenir potentiel ?.

Les faits sélectionnés étant des préoccupations en matière d'environnement, la Cour va procéder en deux étapes. Elle va d'abord examiner la compatibilité entre le concept « intérêt essentiel » et celui de « préoccupations », et ensuite faire de même entre les concepts « intérêt essentiel » et « environnement ».

En ce qui concerne le fait de savoir si de simples préoccupations sont susceptibles d'être constitutives d'une situation touchant à un intérêt essentiel de la Hongrie, la Cour se réfère à certains travaux de la Commission du droit international aux termes desquels il est prévu qu'un « intérêt essentiel » ne doit pas être réduit à sa seule « existence » :

« La Commission, dans son commentaire, a indiqué qu'il ne fallait pas, dans ce contexte, réduire un 'intérêt essentiel' de l'État à sa seule 'existence', et que tout était, en définitive, question d'espèce » (84).

Elle semble donc décider par là qu'une simple préoccupation, malgré son caractère difficilement tangible et en dehors, le cas échéant, de la matérialité de son objet, de l'« existence » de celui-ci, peut suffire pour constituer un intérêt essentiel au sens de l'article 33 du projet d'articles sur la responsabilité internationale des États (85).

En ce qui concerne la possibilité de donner un contenu écologique au concept d'intérêt essentiel, la Cour se réfère à nouveau aux réflexions de la Commission :

« [...] elle [la Commission] a mentionné, parmi les situations susceptibles d'engendrer un état de nécessité, 'un danger grave... pour la conservation écologique [du] territoire [d'un État] ou d'une partie de son territoire' [...] et a précisé, en se référant à la pratique des États, que 'C'est surtout dans les deux dernières décennies que la sauvegarde de l'équilibre écologique en est venue à être considérée comme répondant à un 'intérêt essentiel' de tous les États.' » (86).

A ces réflexions, la Cour ajoute l'autorité de sa propre jurisprudence en la matière (87) et conclut à nouveau à la compatibilité des deux notions.

Dès lors, il ne reste à la Cour qu'à terminer les opérations de qualification (G), ce qu'elle fait en jugeant qu'elle « ne voit aucune difficulté à reconnaître

(84) C.I.J., précité, n° 53, p. 41.

(85) C'est du moins l'interprétation que nous tirons des propos sibyllins et laconaires de la Cour.

(86) C.I.J., précité, n° 53, p. 41.

(87) Nous ne résistons pas à la tentation de citer la Cour :

« La Cour rappellera qu'elle a récemment eu l'occasion de souligner dans les termes suivants toute l'importance que le respect de l'environnement revêt à son avis, non seulement pour les États mais aussi pour l'ensemble du genre humain » et la Cour de se citer elle-même « 'l'environnement n'est pas une abstraction, mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de leur vie et leur santé, y compris pour les générations à venir...' (Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, pp. 241-242, par. 29.) », n° 53, p. 41.

que les préoccupations exprimées par la Hongrie en ce qui concerne son environnement naturel dans la région [...] avaient trait à un intérêt essentiel de cet État, au sens où cette expression est utilisée à l'article 33 du projet de la Commission du droit international » (88).

Nous pouvons donc constater au terme de ce processus comment, partant d'une interprétation théorique et d'un sous-fait juridique particulièrement vague qui en est issu, l'« intérêt essentiel », c'est en confrontant méticuleusement ce sous-fait juridique à chacun des aspects « factuels » de la situation problématique envisagée, à savoir ici les deux composantes du fait « préoccupations écologiques », les préoccupations et l'écologie, que la Cour en arrive à concrétiser le fait juridique « intérêt essentiel » et à pouvoir conclure que les préoccupations écologiques de la Hongrie constituent un intérêt essentiel de cet État.

2.4.2. *Qualification du péril grave et imminent*

L'opération de qualification relative au « péril grave et imminent » se révèle plus complexe que la précédente.

En effet, là où l'existence des préoccupations de la Hongrie n'était pas discutée, celle des dangers écologiques provoqués par les travaux l'est au plus haut point. Dès lors, c'est toute la problématique de la sélection définitive des faits par la Cour et de l'établissement de ceux-ci qui resurgit et qui doit être développée (*D* et *E*).

De la même manière et en conséquence, devrait-on dire, un nouvel éclairage est apporté à la chronologie du rapport entre les deux étapes de la qualification.

Ainsi, nous avons écrit que les deux étapes que constituent l'interprétation du fait juridique à l'aune des faits et la structuration définitive des faits au regard du fait juridique étaient, si pas concomitantes, à tout le moins réflexives, leur apparente succession chronologique n'étant qu'une conséquence de la formalisation discursive du processus.

Ce phénomène est parfaitement illustré par l'opération que nous envisageons ici, puisque après avoir sélectionné, dans un premier temps du discours, un fait de manière globale : les « incertitudes quant aux incidences écologiques » (*D*), la Cour va interpréter le sous-fait juridique « péril grave et imminent » par rapport à ces incertitudes (*C*) (1) pour ensuite réopérer une sélection des faits, précise et définitive cette fois, au regard de cette dernière interprétation (*D*) (2), assurant par là un mouvement de va et vient entre le fait, le droit et le fait.

1. Le fait « incertitudes relatives aux incidences écologiques » ayant été sélectionné, la Cour se livre donc à la concrétisation du concept de péril

(88) C.I.J., précité, n° 53, p. 41.

grave et imminent. Pour ce faire, la Cour va à nouveau procéder en deux étapes : analyse des rapports entre incertitude et « péril » d'une part, et incertitude et « grave et imminent » d'autre part. Le caractère délibéré et réfléchi de cette division du travail doit être signalé puisque la Cour prévoit explicitement que « *la vérification de l'existence en 1989, du 'péril' invoqué par la Hongrie, de son caractère 'grave et imminent' [...] constitue autant d'opérations complexes.* » (89)

Quant au rapport entre incertitude et « péril », la Cour estime que le péril ne doit pas nécessairement être réalisé et peut donc n'être qu'un risque :

« *Le mot 'péril' évoque certes l'idée de 'risque'; c'est précisément en cela que le 'péril' se distingue du dommage matérialisé.* » (90)

Mais ce risque doit néanmoins posséder une qualité particulière : il doit être « *dûment avéré au moment pertinent; la seule appréhension d'un péril possible ne pouvant à cet égard suffire* » (91).

Quant au rapport entre incertitude et « grave et imminent », la Cour de se baser une fois encore sur les travaux de la Commission pour décider que pour être « *extrêmement grave et imminent* » (92), le péril doit dépasser la simple éventualité, il doit être immédiat ou proche car « *l'immminence' est synonyme d'immédiateté' ou de 'proximité' et dépasse de loin le concept d'éventualité'* » (93), ne pouvant s'inscrire dans le long terme que s'il est « *établi, au moment considéré, que la réalisation de ce péril, pour lointaine qu'elle soit, n'en serait pas moins certaine et inévitable* » (94).

2. C'est donc sur la base de cette approche du péril grave et imminent que la Cour passe à la sélection des faits.

Cette sélection n'apparaît pas au premier abord comme révolutionnaire. En effet, les faits retenus par la Cour sont surtout ceux sélectionnés par la Hongrie (95); et pour l'essentiel, la Cour va directement tenter de les qualifier.

Le problème qui se pose alors est plus un problème de preuve et d'évaluation que de sélection.

Néanmoins, la vision des faits de la Cour n'est pas intégralement calquée sur celle d'une des parties. Au contraire, la spécificité de la sélection des faits opérée par la Cour illustre bien son rôle actif de sélection des faits au regard de la concrétisation du sous-fait juridique « péril grave et immi-

(89) C.I.J., précité, n° 54, pp. 41 et 42.

(90) *Ibidem.*

(91) *Ibidem.*

(92) On remarquera en passant que la Cour par l'intermédiaire de la Commission rajoute une qualité au péril grave et imminent et annonce ainsi la couleur puisqu'elle sous-entend, à tout le moins, que le péril doit être extrêmement grave pour être accepté dans le cadre de l'état de nécessité.

(93) C.I.J., précité, n° 54, pp. 41 et 42.

(94) C.I.J., précité, n° 54, pp. 41 et 42.

(95) Pour mémoire, voir *supra*.

ment ». La Cour retient ainsi par exemple, en rapport avec l'idée que le péril est un risque non réalisé, le fait que le lit du Danube avait déjà été approfondi bien avant l'entrée en vigueur du traité au niveau requis par celui-ci et mis en cause par la Hongrie, ce péril étant ainsi « *largement réalisé depuis plusieurs années* » (96). De même, en ce qui concerne le degré de gravité et d'imminence du péril, la Cour signale que la qualité des eaux du Danube s'est améliorée au cours des vingt dernières années,... (97).

Cet apport de la Cour ayant été fait, il ne reste à celle-ci qu'à terminer la qualification en confrontant ces ultimes réflexions relatives au « péril grave et imminent » et aux faits. (F)

Ainsi, estimant que « *les périls invoqués par la Hongrie, sans préjudice de leur gravité éventuelle, n'étaient en 1989 ni suffisamment établis, ni imminents* » (98), la Cour conclut à l'impossibilité de qualifier les faits comme constitutifs d'un péril grave et imminent.

2.4.3. Qualification du « seul moyen »

Le travail effectué par la Cour dans le cadre de la qualification des faits comme « seul moyen » est beaucoup plus léger que pour l'« intérêt essentiel » et le « péril grave et imminent ». En effet, la Cour ayant déjà conclu à l'absence de péril grave et imminent, elle ne se servira du sous-fait juridique « seul moyen » que de manière surabondante.

Dès lors, la Cour se contente de se livrer à sa propre sélection des faits : possibilité de déversement de gravier à des endroits clefs du fleuve, possibilités d'épuration des eaux ou de contrôle de la répartition des eaux et de régulation des flux,... (D) (99).

Ensuite, confrontant directement ces faits au concept, à vrai dire relativement explicite, « seul moyen », elle refuse de qualifier l'arrêt et l'abandon des travaux comme constitutifs du seul moyen d'éviter le péril, estimant que « *pour y [le péril éventuel] faire face, la Hongrie disposait à l'époque d'autres moyens que la suspension et l'abandon des travaux...* » (100). (F)

2.4.4. Qualification de l'état de nécessité. (F)

Curieusement, la Cour ne tire pas complètement la conséquence logique des réflexions que nous venons de synthétiser. En effet, après avoir estimé que si la Hongrie défendait un intérêt essentiel, il n'y avait néanmoins pas de péril grave et imminent et que cette dernière disposait d'autres moyens

(96) C.I.J., précité, n° 55, pp. 42 et 43.

(97) *Ibidem.*

(98) C.I.J., précité, n° 57, pp. 45 et 46.

(99) C.I.J., précité, n° 55, pp. 42 et 43.

(100) C.I.J., précité, n° 57, pp. 45 et 46.

que l'arrêt des travaux pour prévenir ces dangers putatifs, la Cour ne conclut pas explicitement à l'absence d'état de nécessité.

Par scrupule écologique, par prudence ou par diplomatie, la Cour préfère se focaliser sur un élément que nous n'avons pas pris la peine d'analyser (101) et qui est la contribution de la Hongrie à l'éventuel état de nécessité, pour décider ce qui suit :

« La Cour infère de tous ces éléments qu'en l'espèce, même s'il avait été établi qu'il existait en 1989 un état de nécessité lié à l'exécution du traité de 1977, la Hongrie n'aurait pas été admise à s'en prévaloir pour justifier le manquement à ses obligations conventionnelles, car elle aurait contribué, par action ou omission, à sa survenance » (102). [La Hongrie a conclu le traité après que des études scientifiques aient été menées et l'impact sur l'environnement évalué, et a été jusqu'à demander l'accélération des travaux en 1989 alors que l'état des connaissances scientifiques avait déjà sensiblement évolué depuis les premières études.]

La Cour en arrive donc à refuser l'utilisation du fait juridique « état de nécessité », non pas tellement en concluant explicitement à l'absence de celui-ci (103), mais en utilisant de manière indirecte et surabondante une condition d'admissibilité du recours à ce concept.

Il nous semble néanmoins que si nous nous rappelons ce que nous avons dit, à savoir que l'accumulation des qualifications de l'ensemble des sous-faits juridiques issus d'un fait juridique donné devait permettre, ou empêcher, la qualification des faits comme constitutifs de ce fait juridique original, nous pouvons sans trop nous avancer conclure au refus de la Cour de qualifier l'arrêt et la suspension des travaux comme constitutifs d'un état de nécessité, puisque sur les trois sous-faits juridiques qui le composent, la Cour n'a accepté la qualification que d'un seul, à savoir l'« intérêt essentiel » de la Hongrie.

2.5. — *L'utilisation de la preuve par la Cour : la preuve instrument d'établissement des faits (E) ou instrument de qualification (F).
Le lien entre les deux fonctions, la subjectivité. (G)*

« La thèse hongroise sur l'état de nécessité ne pourrait emporter la conviction de la Cour s'il n'était pas au moins prouvé qu'un 'péril' réel, 'grave' et 'imminent' existait en 1989 et que seules les mesures prises par la Hongrie pouvaient permettre d'y faire face » (104). Cette petite phrase de la Cour résume à elle seule toute l'ambiguïté des relations qui peuvent exister entre preuve et

(101) Voir *supra* note 72.

(102) C.I.J., précité, n° 57, pp. 45 et 46.

(103) La Cour ne dit en effet à aucun moment expressément qu'il n'y a pas d'état de nécessité en l'espèce.

(104) C.I.J., précité, n° 54, pp. 41 et 42. Nous soulignons.

subjectivité de la prise de décision lors de la conclusion des opérations qualificatives.

D'une part, on le sait, la preuve joue un rôle classique qui participe de l'établissement et de la sélection des faits « matériels » (*E*). Ainsi, après avoir interprété de manière théorique ainsi qu'à l'aune des faits les différents concepts juridiques en jeu, et avant de procéder à leur qualification sensu stricto, la Cour vérifie si les faits pertinents par rapport à ces concepts sont établis (105). Le lit du Danube avait été approfondi avant le début des travaux, la qualité des eaux du Danube s'est améliorée au cours des vingt dernières années, il était possible de déverser du gravier dans le Danube,...

D'autre part, sortant de sa fonction première, la preuve se fait compagne et paravent de la subjectivité de la Cour, là où, pour qualifier une situation, celle-ci doit manifester un jugement de valeur, faire acte de volonté (*F*).

Illustrons ce propos.

Nous avons dit plus haut que l'étape ultime de qualification, la décision finale, n'était pas plus objective et automatique que les étapes antérieures mais qu'elle restait bien au contraire un acte de volonté (106).

Ainsi, prenons l'exemple du concept de « péril grave et imminent ». Le concept a été précisé par la Cour qui a indiqué qu'à la place de « péril grave », l'on pouvait dire « risque dûment avéré », et qu'« imminence » signifiait « immédiateté » ou « proximité ». L'apport de ces précisions a, sans aucun doute et comme nous avons pu le voir précédemment, plus d'importance qu'il n'en laisse paraître à première vue. Cependant, le seul rôle de cet apport, c'est bien de préciser et rien de plus. Si « immédiateté » est une expression plus forte qu'« imminence », cette expression reste malgré tout largement dépendante du contenu qui lui sera donné par son utilisateur et donc des valeurs de celui-ci. Il en va de même pour le « risque dûment avéré » ou « la proximité ».

Dès lors, au moment de terminer la qualification, et pour peu que la preuve du risque soit établie par des éléments matériels, la seule chose qu'il reste à faire à la Cour, c'est à prendre une décision par laquelle elle évalue et juge si à son estime le risque est « dûment avéré », « grave », « proche » ou « imminent ».

Ce n'est donc plus tant de preuve au sens classique du terme (*E*) mais d'évaluation (*F*) qu'il devrait être question.

Or, et pour en revenir au début de notre propos, on constate que la Cour demande que la gravité et l'imminence du péril en 1989 soient prouvés. De même un peu plus loin, la Cour de dire :

(105) C.I.J., précité, n^o 54 *in fine* et s., pp. 41 et s.

(106) Voir *supra* section 1.4. *in fine*.

« ... en conséquence, même s'il avait pu être établi — ce que la Cour, au vu des éléments de preuve qui lui ont été soumis, n'estime pas être le cas — que le réservoir d'amont aurait en définitive constitué un 'péril grave'... » (107)

On constate donc une certaine forme de confusion entre l'utilisation que la Cour fait de la preuve et le rôle actif d'évaluation que son devoir d'autorité qualifiante lui confère (108); confusion que d'aucuns attribueront sans doute au souci de la Cour de légitimer ses décisions (109).

L'origine de cette confusion nous paraît provenir de ce que le traitement de la preuve et la prise de décision évaluative participent tous deux d'un même processus, sont opérés tous deux par la même voie, celle de la subjectivité (G).

Comme nous l'écrivions plus haut, la preuve au sens classique n'a pas d'existence objective, et l'on confond d'ailleurs souvent l'objet constitutif de la preuve et le caractère probant lui-même (110). Si un objet, un phénomène est envisagé et utilisé comme preuve, c'est uniquement parce que le caractère probant, la qualité probante lui a été attribuée subjectivement par quelqu'un (111). Or, ce quelqu'un c'est l'autorité même chargée des opérations de qualification. Cette autorité va donc devoir se livrer, sur les mêmes faits, à deux évaluations, deux opérations subjectives différentes, l'une relative à la preuve, l'autre relative à la qualification. Si l'on reprend notre cas, c'est la Cour qui dans une même instance va devoir d'une part, évaluer si certains faits, les faits qu'elle a sélectionnés comme étant des risques, possèdent un caractère probant, « judiciairement vrai » (E), et d'autre part, évaluer si ces mêmes risques peuvent être qualifiés de « péril grave et imminent » (F).

L'on peut donc, au vu de cette proximité à entrées multiples (112) entre preuve et prise de décision, comprendre un peu mieux comment cette relative confusion est rendue « structurellement » possible, sans pour autant préjuger en aucune façon des éventuelles fonctions de cette confusion.

(107) C.I.J., précité, n° 55, pp. 42 et 43. Nous soulignons.

(108) Nous avons pu retrouver cette même confusion dans un article du professeur SALMON où il écrit à propos de la qualification :

« L'opération intellectuelle est alors double, il faut définir le contenu du concept juridique et déterminer, prouver que les faits rapportés répondent à la définition », in « Quelques observations sur la qualification en droit international public », *op. cit.*, p. 348. Nous soulignons.

(109) C'est d'ailleurs notre opinion.

(110) Voir *supra* section 1.5.

(111) Le concept de « preuve ne laissant la place à aucun doute raisonnable » dégagé par la Cour Internationale de Justice dans l'affaire du *Détroit de Corfou* illustre parfaitement la relative subjectivité des opérations de preuve. Voir C.I.J., affaire du *Détroit de Corfou*, *Recueil*, 1949, p. 18.

(112) Même autorité agissante, même objet de réflexion, processus réflexif de nature identique.

CONCLUSION

Si le caractère opérationnel du syllogisme dialectique comme modèle d'analyse du raisonnement juridique se vérifie, ce qui semble bien être le cas au terme de cet exposé, il n'en reste pas moins qu'il ne se vérifie que dans les limites de la perspective interne que nous nous étions fixées.

Ita missa est d'une analyse qui s'achève ou prélude pour une analyse nouvelle, nous voudrions, en guise de conclusion, développer quelques pistes pour une intégration du syllogisme dialectique dans une analyse du raisonnement juridique combinant les dimensions interne et externe.

L'ouverture du syllogisme judiciaire aux éléments externes au droit, est une des conséquences de l'abandon d'une conception positiviste stricte du raisonnement juridique (113). A ce titre, le rejet d'une séparation stricte entre fait et droit acquiert une signification nouvelle, en ce que le fait ne renvoie plus uniquement aux éléments de la cause mais au « monde » compris tant dans sa dimension matérielle qu'idéologique.

Comme nous l'avons écrit en introduction, cette rupture avec le positivisme, cette ouverture du droit au monde a notamment été réalisée par l'école de Bruxelles. Plus précisément encore, ce qui nous intéresse ici, c'est tout le travail sur le raisonnement juridique réalisé par Chaïm Perelman au sein de cette école (114). Le professeur Perelman s'est, en effet, consacré à réintégrer le rôle du discours des acteurs juridiques, la rhétorique, les plaidoiries, ..., et leur influence sur l'autorité chargée de dire le droit, dans le raisonnement juridique, tout en lui conservant par ailleurs la forme du syllogisme, créant ce qu'on appelle le « *syllogisme rhétorique* » ou la « *nouvelle rhétorique* ». Par ce biais, c'est toute une partie du fait social : l'idéologie, les valeurs, ... véhiculées par les argumentations des acteurs juridiques, qui fut réhabilitée dans l'enceinte du raisonnement juridique. Pour l'importance de la place qu'elle accorde à la discussion, la « *nouvelle rhétorique* » fut d'ailleurs, elle aussi, parfois qualifiée de *dialectique* (115).

C'est donc, dans cette théorie, le discours des acteurs juridiques qui est le vecteur d'ouverture du raisonnement juridique au monde, à l'« hors-droit ». Or, le discours est potentiellement présent dans le modèle du syllogisme dialectique. Il pénètre en effet le raisonnement juridique par le biais de la subjectivité. Il occupe sa place. Il va de soi que lorsque nous écrivions que le choix de la majeure, la sélection des faits, la qualification, ..., sont des éléments stratégiques faisant jouer une certaine subjectivité, c'est par le

(113) Voir *supra* dans l'introduction.

(114) Voir entre autres, Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation : la nouvelle rhétorique*, Paris, P.U.F., 1958; Ch. PERELMAN, *Logique et argumentation*, Bruxelles, P.U.B., 1968; *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1979.

(115) L. HUSSON, « Les apories de la logique juridique », in *Nouvelles études sur la pensée juridique*, *op. cit.*, pp. 202 et 203.

biais du discours que cette stratégie et cette subjectivité s'expriment. Bien évidemment, en raison des limites de notre perspective analytique, nous n'avons fait qu'effleurer le rôle du discours des acteurs juridiques et de la subjectivité. Néanmoins, l'ouverture à la perspective d'une analyse externe, permise par l'inclusion de la subjectivité dans le modèle du syllogisme dialectique, est potentiellement totale, et ne connaît d'autres limites que celle de la capacité véhiculante du discours.

La fusion des modèles du syllogisme dialectique et du syllogisme rhétorique, nous paraît donc possible, et appelle à des analyses du raisonnement juridique combinant les perspectives internes et externes.

Mais, cette fusion nous incite par ailleurs à prôner un dépassement du modèle du syllogisme, ou plutôt à l'insérer dans un modèle offrant une perspective plus large. Ce modèle pourrait être celui du réseau (116). Se présentant comme un vaste schéma combinatoire et intersubjectif à nombre indéfini d'entrées, le réseau offre la possibilité d'intégrer tous les éléments susceptibles de participer au phénomène, à l'institution, étudié, comme autant de composantes de savoir. Le produit du réseau provient dès lors de ses nœuds, lieux de confrontations et d'interconnexions entre les différents éléments qui le composent, marquant les points d'équilibre entre les différents flux d'informations qui le traversent. C'est de la confrontation donc qu'émerge le produit du réseau, mais confrontation dont la dynamique n'est pas aléatoire ou chaotique. La dynamique du réseau dispose en effet de sa propre raison. Cette raison, c'est la loi de circulation du discours (117).

Tentons une esquisse d'application du modèle du réseau au raisonnement juridique. Les éléments qui composent alors le réseau, les forces qui le traversent sont notamment les dimensions axiologiques, philosophiques, psychologiques, des différents acteurs juridiques, mais aussi le corpus juridique, les règles techniques et procédurales, ... Ces différents éléments se combinent, se confrontent et de ces heurts résulte un produit localisé. Or, les lieux de cette production, les nœuds du réseau pourraient être, nous semble-t-il, les différentes étapes du raisonnement juridique que nous avons mises en évidence : établissement de la majeure, construction et sélection des faits, interprétation, qualification, preuve, ... Le modèle du syllogisme dialectique constituerait donc la loi de circulation du discours juridique, sorte d'infra-structure du réseau appliqué à l'étude du raisonnement juridique.

(116) Voir F. OST, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge » in P. BOURETZ (éd.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, éd. Esprit, 1991, p. 257.

(117) F. OST, *op. cit.*, p. 263.

Le lien entre modèle du réseau et modèle du syllogisme dialectique paraît de la sorte réalisable. De science, la solution du raisonnement juridique pourrait redevenir ce qu'elle a toujours été : enjeu tant de savoir que de pouvoir. C'est là peut-être le germe d'un nouveau modèle pour une analyse nouvelle.