

## OPINION DISSIDENTE DE M. AZEVEDO

A mon grand regret, je me vois obligé de m'écarter des motifs et des conclusions adoptés par la Cour dans son arrêt et d'exposer mon point de vue personnel sur ces divers points.

1. Il faut prendre garde qu'une application excessive de la méthode grammaticale, le souci de rechercher l'intention des auteurs d'un texte et l'attachement excessif à la logique formelle risquent de conduire à méconnaître la manière dont une institution juridique s'est adaptée aux conditions sociales qui règnent dans une certaine partie du monde.

N'oublions pas d'autre part que la solution d'un cas d'espèce, en droit international surtout, a de profondes répercussions ; les concepts retenus vont prendre une valeur presque législative en dépit de toutes les explications juridiques qui veulent que la sentence ne fasse loi qu'entre les parties (Statut, art. 59).

Les procédés techniques peuvent être appliqués de façon si stricte qu'une institution chevaleresque, lourde de traditions et à laquelle personne ne conteste les services qu'elle a rendus, s'anémie et se transforme au point de n'être plus qu'une mesure de caractère presque policier. C'est ainsi qu'en matière d'asile on en arrive à effacer la distinction qui est à la base de l'institution, la distinction entre délits politiques et délits de droit commun : la différence entre *respect* dans le premier cas et *interdiction* dans le second vient alors à disparaître.

En effet, si on a principalement en vue la protection matérielle de la personne contre les excès d'une foule déchaînée et pendant le temps strictement nécessaire pour rendre le persécuté aux autorités du pays, et si d'autre part on ne peut même imaginer le refus de protéger momentanément contre un lynchage les plus infâmes criminels de droit commun, pendant le temps indispensable pour les remettre à la garde de l'État territorial, toute distinction est alors abolie.

On en arrivera tout aussi bien à considérer un asilé comme en sûreté du fait qu'il aura été remis aux autorités locales, même lorsqu'on aura constaté qu'il s'agit d'un simple délinquant politique et sans même réserver la punition pour les délits communs dont il est postérieurement inculpé, comme c'est la règle en cas d'extradition.

2. La réalité m'apparaît bien différente, et les traditions les mieux assises de l'Amérique latine qui assurent le bénéfice de l'asile à

toute personne poursuivie pour crimes ou délits politiques, soit au cours d'événements révolutionnaires, soit pendant les périodes plus ou moins troublées qui les suivent, ne m'apparaissent pas sous ce jour. Ce résultat dépasse ce qu'ont pu vouloir les auteurs du Traité de 1928 et il s'appuie non sur la seule raison qu'il faut présumer une altération de l'administration de la justice, mais sur le fait que cette altération est toujours possible à ces époques troublées et qu'il vaut mieux éviter en chaque cas une enquête qui serait plus blessante pour le pays qu'une disposition générale toujours appliquée sur la base d'une réciprocité rigoureuse.

Personne ne conteste l'influence au sein du droit international de facteurs particuliers parfaitement compatibles avec celui-ci. Cette formation secondaire peut résulter de rapprochements à plusieurs titres, du point de vue de la race, de la religion ou de la contiguïté géographique.

L'asile diplomatique fournit un exemple éclatant de la nécessité de tenir compte, dans la création ou l'adaptation des règles de ressort territorial limité, des circonstances géographiques, historiques et politiques particulières à la région dont il s'agit, en l'occurrence, les vingt nations de l'Amérique latine.

Tandis qu'en Europe, en dehors de mouvements sociaux rares mais profonds, l'institution de l'asile tend à s'étioler, en Amérique latine les troubles qui, pour être moins graves, sont beaucoup plus fréquents, ont contribué à adapter et développer la vieille institution qui gagne en force à chaque convention signée sans qu'on puisse encore entrevoir le sommet de la courbe, à plus forte raison son déclin.

3. L'asile dans cette région est presque contemporain de l'autonomie des États qui la composent, et qui ne comptent pas encore un siècle et demi d'indépendance ; l'étendue de son application coïncide avec les territoires du centre et du sud de l'Amérique, et je n'aperçois aucun État qui soit resté étranger à cette action sous les deux faces que l'institution présente. Les personnes qui ont bénéficié de cette mesure se comptent par centaines, et la protection de ces vies précieuses me paraît peser plus lourd dans la balance que la punition de quelques délits politiques.

Toutefois, à côté de l'aspect humanitaire, de caractère nettement individualiste, l'asile se présente sous un aspect encore plus important. C'est aussi une institution hautement sociale dont l'action éducatrice profonde s'exerce dans le sens de la domination des passions, de l'exercice du contrôle sur soi-même et du respect dû à une norme si profondément enracinée qu'elle revêt un aspect presque sacramentel. Cette pratique a su s'imposer aux plus puissants gouvernements de fait installés au cours des guerres civiles. Aux moments les plus critiques de la lutte politique résonne cette voix fraternelle qui vient séparer les rivaux et inciter les hommes à la clémence.

La force de cette profonde intuition est supérieure aux subtilités techniques, et c'est bien la première fois qu'une querelle de ce genre est parvenue devant une juridiction internationale, car toutes les difficultés, rarement constatées, ont été, jusqu'à présent, très facilement résolues.

Mais si l'on se tient à la rigueur d'une condition unique, en négligeant l'examen du milieu et des données de toute espèce qu'il convient de considérer, on ne sera pas alors en présence d'un cas de *summum jus*, mais d'un élément perturbateur qui, loin de concourir à la paix, sera responsable de la multiplication des différends et, peut-être, des luttes fratricides en Amérique.

4. A mon avis, l'institution de l'asile en Amérique latine présente en résumé les caractères suivants :

1) Elle s'étend non seulement aux criminels politiques proprement dits, mais aussi aux persécutés politiques, selon l'explication, d'ailleurs manifestement déclaratoire, contenue dans l'article 2 de la Convention de Montevideo de 1939 : tous les adversaires politiques sont protégés, qu'il s'agisse d'hommes d'État déchus du pouvoir ou de politiciens qui ont échoué dans un coup d'État.

2) Son but exclusif, ou même principal, n'est pas de protéger l'asilé contre les excès de la foule. En effet, de tels excès, qui se sont parfois produits lors de la chute d'un dictateur corrompu, restent rares, étant donné la sympathie naturelle du peuple pour ceux que la fortune frappe. L'institution de l'asile ne vise pas seulement à protéger la vie, mais surtout la liberté à l'encontre des poursuites de toutes sortes.

3) Elle n'a pas seulement pour objet d'empêcher l'application d'une législation *ad hoc* par des juridictions d'exception, mais aussi de soustraire l'asilé à la justice ordinaire, du fait qu'il s'agit de délits politiques qui, par leur propre nature, se prêtent mal à une appréciation judiciaire et sont parfois déferés aux organes politiques, après une procédure d'« *impeachment* ». Partout dans le monde, on refuse d'extrader des criminels politiques, même à la demande de pays vivant sous un régime constitutionnel normal, fait d'autant plus remarquable que le pays asilant ne se décide pas lui-même à punir l'asilé, du moins dans la mesure où il punirait un délit identique commis sur son territoire. Cette attitude retirerait pourtant au refus tout fondement moral, et montrerait les doutes que l'on nourrit au fond sur la bonne administration de la justice dans l'autre État.

4) L'urgence, terme qui comporte plusieurs acceptions, ne peut se mesurer par une unité de temps, mais en fonction de nombreuses circonstances, parmi lesquelles il faut faire rentrer jusqu'aux difficultés géographiques de l'asile externe, bien plus facile dans les régions très peuplées et servies par des communications rapides entre des frontières proches.

5) Les périodes d'anormalité constitutionnelle sont un des éléments premiers de l'appréciation du danger qui menace le persécuté, lorsque les règles juridiques sont suspendues ou n'existent pratiquement plus, les préoccupations que cause la sauvegarde de la justice sont nécessairement très graves, du fait de l'action directe et indirecte qu'un pouvoir illimité peut exercer sur les tribunaux ordinaires ou d'exception.

6) La clause de temps limitative de la durée de l'asile, à part même son évident illogisme si le départ de l'asilé dépend de la bonne volonté de l'autre État, ne peut être interprétée de telle sorte que la remise du fugitif aux autorités représenterait une garantie équivalente de sécurité. Au contraire, de par la nature irréparable de ses conséquences, l'asile octroyé à bon droit ne peut sous aucun prétexte prendre fin sans le consentement de l'asilé.

7) La notion de l'asile, comme celle de l'extradition, présente un caractère instantané et doit être appréciée par rapport à un moment très précis ; les faits postérieurs, dont la suite changeante est impossible à prévoir, prennent quelquefois un aspect inattendu, mais ils n'affectent que les conséquences et le dénouement d'une situation juridique déjà réalisée.

5. Constaté ces points fondamentaux n'équivaut pas à dire que l'asile doit être accordé à la légère. En effet, cela aurait pour résultat de multiplier les troubles sociaux et d'inciter à l'action les aventuriers spécialistes de l'asile. C'est pour cette raison qu'un diplomate ne doit pas être pressenti quant à l'attitude qu'il pourra prendre à l'avenir, le cas échéant. Le règlement à l'intention du service diplomatique brésilien dispose expressément qu'il est défendu aux fonctionnaires d'offrir asile ainsi que de conduire au siège de la mission celui qui prétend y chercher asile (H. Accioly, *Traité de droit international public*, Paris, 1940/2, tome II, paragraphe 1170/A). D'ailleurs, l'asile n'en serait pas facilité : en effet, comment penser qu'un diplomate considère comme bienvenus ces hôtes étrangers qui sont la cause de graves ennuis et de gêne considérable ?

Pour éviter les abus, les auteurs américains de droit international (v. g. H. Accioly, *op. cit.*, paragraphes 1170/A et 1173 ; Heitor Lira, dans *Revista de Direito*, Rio-de-Janeiro, v. 126) s'élèvent contre toute interprétation extensive de l'institution et limitent l'octroi de l'asile à des circonstances graves. Les gouvernements, on vient de le voir, donnent souvent des instructions dans ce sens à leurs agents diplomatiques.

Pas contre, une interprétation restreinte ne doit pas aller jusqu'à déformer les buts visés par l'asile et aboutir pratiquement à annuler celui-ci par un attachement excessif à la lettre des textes ou même de simples préambules.

6. Nous avons déjà rappelé l'ancienneté, l'étendue et surtout la constance de cette pratique : il est indéniable que les pays de

l'Amérique latine pratiquent largement l'asile, de manière active ou passive ; ils signent des conventions, même si parfois ils ne les ratifient pas ; ils font des déclarations solennelles, ils émettent des communiqués de presse, ils louent les services rendus par l'asile, enfin ils se montrent en général fiers de cette application large et renouvelée de la vieille institution.

Mais, dira-t-on, cette pratique ne peut malgré tout se présenter comme une coutume, si elle offre des solutions de continuité ; et les parties à cette affaire ont mis tout particulièrement en lumière leurs contradictions réciproques.

On connaît bien les difficultés que le recours à la source coutumière entraîne dans le droit international où la coutume joue d'ailleurs un rôle important, et même principal d'après certains auteurs.

Il convient donc d'examiner les exemples contraires à la continuité pour en déterminer la véritable nature et apprécier s'ils ont force suffisante pour détruire la valeur des autres cas concordants dont la multitude révèle nettement une *opinio juris*. En l'espèce, il faudra, par exemple, rechercher si la nature et les fins de l'institution, telles qu'elles se dégagent de la forme qu'elle a prise dans cette partie du monde, ont été affectées par les exceptions relevées ou si au contraire ces dernières ne font que confirmer la règle. Or, elles ne répondent qu'à des attitudes personnelles et révèlent plutôt la conduite de certains gouvernements, faisant violence à la conscience juridique des États, auparavant solidement acquise. Ces réactions transitoires ou épisodiques constituent toujours le contre-coup de situations politiques en cours de consolidation et ne proviennent presque jamais des organes constitutionnels dans leur état normal. Vues sous un autre angle, ces réactions sporadiques conservent un caractère anormal lorsqu'elles se limitent à une seule face de l'asile — une répugnance à admettre les mesures accordées par un diplomate étranger, tandis que l'État récalcitrant continue à donner l'asile dans les autres pays. Il est inutile de qualifier une telle conduite.

On ne peut attribuer aucune valeur à de si faibles éléments, même s'ils prennent, comme il est déjà arrivé, la forme bizarre de l'abolition de l'asile par voie de déclaration unilatérale, car cette abolition est toujours immédiatement suivie d'un retour à la pratique ancienne, qui se trouve ainsi renforcée par les faits et non simplement par des présomptions dont, d'ailleurs, la doctrine peut se contenter. Les adversaires du volontarisme prétendent même à l'impossibilité de chercher un élément psychologique toujours insaisissable (Paul Guggenheim, *Les deux éléments de la coutume internationale*, dans « La technique et les principes du droit public, Études en l'honneur de Georges Scelle », Paris, 1950, tome I, pp. 276 et sq.).

Au contraire, ces négations fortuites constituent des violations de la règle déjà formée, car un État ne saurait s'insurger contre une coutume déjà acceptée.

Pour détruire une telle coutume, il faudrait une attitude nette, cohérente, unilinéaire, comme celle suivie, par exemple, par les États-Unis, qui, tout en refusant de se compromettre en aucune façon dans l'institution de l'asile adoptée par leurs sœurs latines, ont accordé dans la pratique des tolérances dans quelques cas extrêmes en limitant soigneusement les effets.

7. Mais que peut valoir cette coutume en face des conventions, et même d'un enchevêtrement de conventions dont les signatures et les ratifications montrent quelquefois un certain manque de cohérence dans les principes de la part des États appartenant aux groupes qui les établissent ?

Il n'est pas nécessaire d'examiner à fond l'action dérogatoire des traités à l'égard de la coutume, ni la compatibilité des deux sources. Qu'il suffise de souligner que les traités recueillent souvent des principes déjà établis par la coutume et ont ainsi un effet déclaratoire par rapport à la règle coutumière. Ce rôle s'accroît dans le système où le champ de la loi écrite s'étend à chaque période par la réception des nouvelles pratiques qui se sont affirmées dans l'intervalle.

Il est alors tout à fait hasardeux pour un État de déclarer qu'il n'est lié que par les traités qu'il a signés et ratifiés ; il y a un peu de témérité dans cette affirmation purement gratuite, surtout à un moment où l'élément contractuel subit une transformation évidente et profonde du fait de l'action para-législative d'ordre international qui se développe au prix même de la substitution du principe de la majorité au principe de l'unanimité.

C'est ainsi que le professeur Balladore Pallieri a pu rappeler récemment, dans un cours à l'Académie de droit international, « la remarque courante qu'un grand nombre de conventions pan-américaines sont observées même par les États qui ne les ont pas ratifiées et qu'elles deviennent souvent un droit commun et général pour l'Amérique » (*Recueil des Cours*, 1949, v. 74, p. 540).

Cette pratique est tellement enracinée qu'on a pu remarquer à plusieurs reprises dans le Traité d'assistance mutuelle signé à Rio-de-Janeiro le 2 septembre 1947 que les signataires ne pourraient pas participer aux votes prévus dans le traité avant d'avoir ratifié celui-ci.

8. Pour démontrer la force de l'action coutumière en matière d'asile en Amérique latine, il suffit de rappeler ce fait significatif que l'on a presque forcé l'Espagne à accepter non seulement l'institution de l'asile mais aussi l'obéissance à des conventions régionales, même non ratifiées par plusieurs des pays américains, et cela pour le motif que la nation mère devait recueillir de ses nombreuses filles une sorte de succession à rebours.

Une autre contre-épreuve décisive peut être invoquée : des vingt pays du groupe, il n'y en a que très peu qui aient jamais ratifié ou même signé un traité sur l'asile. Et on pense alors à la

Bolivie et au Venezuela. Se sont-ils soustraits de la sorte à la pratique générale ou ont-ils au moins adopté d'autres principes ? Nullement. Ils pratiquent naturellement l'asile comme les autres, en invoquant et en acceptant indifféremment l'application des principes contenus dans les traités régionaux.

Une troisième circonstance, quoique de moindre valeur, peut être rappelée, celle de la pratique de la demande immédiate du sauf-conduit, sans attendre l'initiative du pays territorial. Il est donc inexact de tirer de l'absence de ratification d'une nouvelle convention la conclusion que l'État intéressé reste en dehors du groupe où la coutume est respectée.

9. Pour ébranler la prétention d'en revenir à la rigueur des textes, il faut encore ajouter à ces données générales sur le climat et l'esprit du continent deux autres considérations particulières au défendeur, quoique la doctrine et la jurisprudence ne se préoccupent pas de chercher la reconnaissance d'une coutume dans la pratique des pays en conflit (A. Verdross, *Recueil des Cours*, vol. 30, p. 295).

D'une part, le 12 octobre 1948, le Gouvernement du défendeur a reconnu dans une note officielle le respect des engagements internationaux et des pratiques établies (mémoire) ; le 26 octobre 1948, tout en se limitant déjà aux conventions ratifiées par le pays, le défendeur reconnaissait le droit de l'agent diplomatique d'exiger les garanties nécessaires pour que le réfugié sorte du pays. Ce droit ne pourrait être méconnu, pas plus que le droit de qualifier le délit, disait-on. Dans ces conditions, il est difficile à la Cour d'accepter l'hypothèse d'une erreur, comme on l'a soutenu plus tard.

Il ne s'agissait pas d'une déclaration exorbitante et isolée du pouvoir exécutif — d'ailleurs de moindre importance que celle que la Cour permanente a retenue dans le fameux cas du Groënland oriental, et je pense que, ce faisant, elle appliquait le droit international —, mais d'une déclaration simplement interprétative des traités et conforme à l'attitude prise normalement par l'État (J. L. Brierly, *Recueil des Cours*, v. 58, p. 71) et qui au surplus correspondait aux thèses acceptées et reconnues par tous les pays d'Amérique (mémoire).

D'autre part, le 20 et le 28 octobre 1948, les représentants diplomatiques du défendeur au Guatemala et au Panama demandaient comme allant de soi aux gouvernements territoriaux la reconnaissance de la protection accordée dans les Conventions de La Havane et de Montevideo sur l'asile (mémoire), alors qu'on a dû établir que l'État de refuge ne pratiquera pas en tout cas l'asile dans une mesure plus large que ne le lui permettent ses propres coutumes, conventions ou lois.

Ces deux considérations peuvent amener à penser qu'une application *more geometrico* des clauses des traités, même si une telle application est le fait d'une juridiction de droit pur, serait difficilement justifiable.

Mais admettons qu'il faille revenir à la théorie pure de l'autonomie de la volonté et rester ainsi en dehors de toute action directe de la coutume parallèlement à celle des traités dans une fonction qui normalement s'exerce *praeter legem*. On ne pourrait quand même écarter une si profonde action coutumière en tant que facteur prépondérant, pour l'interprétation de tout texte adopté sur le même sujet, surtout si cette action présente un caractère de réciprocité (H. Lauterpacht, *Recueil des Cours*, v. 62, pp. 157-161).

10. On a déjà signalé que l'asile traditionnellement pratiqué en Amérique latine a pour but non seulement de protéger la personne même de l'asilé, mais encore de le soustraire à la juridiction territoriale des délits politiques, exactement comme dans le cas d'un refus d'extradition.

Ainsi, le souci d'une bonne administration de la justice se manifeste de la même manière dans les deux institutions, en ce qui concerne les crimes politiques d'une nature purement artificielle ou conventionnelle (G. Sotgia, *Il delitto politico*, Rome, 1950, pp. 20 et 98).

On pourrait se demander, pourtant, si cette protection contre un simple péril juridique, celui d'être mal jugé et condamné, ne devrait pas être écartée dans le cas de l'asile, qui diffère de celui de l'extradition en ce sens que le criminel continue à rester sur le territoire de l'État dont il est ressortissant, tout en étant protégé non par une conception désuète de l'exterritorialité, mais simplement par les immunités accordées au diplomate étranger.

Pour écarter ce doute, il suffirait de faire appel à d'autres exemples dans lesquels le droit international, sans viser personnellement les juges internes, ne se conforme pas à des jugements définitifs et admet une réparation fondée sur un déni de justice. Ceci revient à l'exercice d'un contrôle réciproque qu'on est tenu de tolérer en l'absence d'un ordre super-étatique. Il en est de même du cas de reconnaissance des droits individuels, au-dessous d'un niveau type, même si on applique aux nationaux ce régime insuffisant.

Aujourd'hui, on cherche instamment à établir sur le plan international un organe juridictionnel chargé de pallier les insuffisances des justices locales pour que la nouvelle déclaration des droits de l'homme ne risque pas de rester trop souvent illusoire.

C'est ainsi que la loi française du 10 mars 1924 dispose que l'extradition n'est pas accordée même en cas de délits de droit commun si la demande est faite dans un but politique (art. 5, § 2), disposition dont le motif est très bien expliqué par le professeur

Donnedieu de Vabres (*Traité de droit pénal et de législation pénale comparée*, 3<sup>me</sup> éd., 1947, § 1791).

Déjà dans le droit interne de quelques pays, l'hostilité du milieu local constitue une raison légale pour transférer le procès d'un criminel aux assises d'un autre arrondissement suffisamment éloigné pour que les échos du crime n'y retentissent pas.

Enfin, il serait difficile de comprendre que si, en Amérique, l'asile n'avait pas pour objet de soustraire un criminel politique à la justice ordinaire, l'État territorial se fût alors résigné, dans cent pour cent des cas, à accepter ce grave résultat par simple courtoisie ou complaisance, même si au premier moment il essaie quelquefois une certaine opposition.

Cette constatation est évidente et irréfutable : elle vient d'être tout naturellement admise, avant ou après une négation catégorique.

On a remarqué un certain manque de netteté dans les circonstances des nombreux cas d'asile rappelés à la Cour par les Parties, mais de toute manière il y a un point qui reste au-dessus de toute contestation — c'est que parmi les modes d'extinction de l'asile on ne trouve pas la remise de l'asilé aux autorités locales, même si les conditions du milieu ont changé sans le consentement de celui-ci.

On ne connaît pas de cas en sens contraire, et, pour montrer comment on respecte ce point du code d'honneur diplomatique, on peut citer l'épisode notoire où, un asilé voulant renoncer à la protection et se livrer aux autorités locales, l'ambassadeur, d'ailleurs accrédité en Amérique latine par un pays européen, a exigé une lettre explicative, non seulement signée par l'asilé mais encore contresignée par des personnes qui étaient à l'abri de toute contrainte et à laquelle il a donné une grande publicité.

Le fait s'explique par la considération décisive que le retrait de la faveur octroyée empirerait beaucoup la situation de l'asilé. On ne peut pas le renvoyer impunément ; il a perdu sa cachette et se montre en pleine lumière, il se voit l'objet d'une vigilance spéciale et demeure impuissant à chercher une autre voie de refuge, ce qui auparavant aurait été plus aisé.

II. Mais cette évidente restriction de la souveraineté ne blesserait-elle pas les sentiments nationaux, surtout en Amérique où les pays sont extrêmement soucieux de leur indépendance, au point d'avoir créé les doctrines continentales bien connues, celles de Monroe, Drago, Porter, etc. ? Un simple rappel à des éléments historiques très répandus montre que les soucis de l'égalité souveraine pour les États américains ne sont pas dus à des raisons inter-

continentales, sauf quelques cas exceptionnels, appartenant déjà au passé, où on aurait pu discerner la crainte des excès d'une hégémonie politique sans contre-partie dans le continent même. La Charte de l'Organisation des États américains, signée à Bogota, le 2 mai 1948, énonce que l'agression contre un État américain constitue une agression contre tous les autres États américains (art. 5 *l*).

Particulièrement dans le groupe latino-américain, il n'y a pas de susceptibilités qui puissent empoisonner l'atmosphère fraternelle qui y règne, et le plus petit pays tout naturellement accorde l'asile et demande un sauf-conduit aux États les plus puissants, sans la moindre hésitation et avec la bonne conscience que donne l'exercice d'un droit. Les préoccupations de souveraineté cèdent facilement devant un esprit supérieur de justice, quand il s'agit de la défense des droits inaliénables de l'homme — et cela bien avant l'admission à grand fracas de l'individu dans le domaine international à la suite de la décision de l'Assemblée des Nations Unies à Paris, en 1948.

Il convient aussi de remarquer que, dans le Traité de Rio-de-Janeiro du 2 septembre 1947 pour la défense commune du continent, on a adopté deux procédures et deux solutions, suivant que l'agression vient du dehors ou d'un pays américain.

M. Levi Carneiro, juriste brésilien qui est actuellement conseiller au ministère des Affaires étrangères, s'appuyant sur la doctrine des écrivains de la plus haute réputation du nord et du sud du continent américain, soutient qu'on ne doit pas voir dans l'asile un cas de simple souci humanitaire, mais une préoccupation de justice — et même de justice individuelle — provoquée par une certaine réserve, une certaine suspicion vis-à-vis des organes exécutifs du gouvernement et des propres tribunaux du pays de l'accusé ou du persécuté. Ce n'est pas seulement l'humanitarisme qui a motivé au début les premières concessions d'asile. Celles-ci impliquent donc une certaine appréciation des affaires internes du pays (*O direito internacional e a democracia*, Rio-de-Janeiro, 1945, p. 140).

D'ailleurs, l'article 3 de la Convention de La Havane a rendu tout à fait académique la vieille querelle sur la nature de l'asile (véritable droit ou simple pratique humanitaire), querelle qui était d'ailleurs par elle-même illogique, puisqu'elle opposait deux choses hétérogènes, savoir, la cause et l'effet. Un droit peut être fondé sur des considérations éthiques, ou avoir une source économique, politique, etc., en tout cas, ladite convention a établi que les résultats de l'asile sont équivalents, quel que soit le titre auquel il a été octroyé.

Si on se tient au rapport formé entre l'individu et l'État asilant, toute restriction risque de se montrer anachronique, alors que l'asile commence à être considéré non comme une simple faculté

mais comme un droit déjà reconnu sous sa forme externe par la Déclaration des droits de l'homme.

Le temps est heureusement passé où l'on disait dans les travaux préparatoires du Code Rocco, en Italie, 1930, que « le droit d'asile politique est un anachronisme incompatible avec la situation d'un État fort ».

Déjà en 1939 l'Uruguay proposait l'insertion dans la convention d'une règle remplaçant la faculté pour le diplomate d'accorder l'asile par une obligation qu'il assume vis-à-vis de tout individu qui aurait besoin d'une telle protection (Franchini Netto, *O asilo diplomático e o costume internacional*, Sao-Paulo, 1939, p. 100). Partant, il ne s'agit pas d'une simple tolérance, incompatible d'ailleurs avec toute codification, si l'asile doit rester dans le bon vouloir de chaque gouvernement. Au contraire, un écrivain européen, Cabral de Moncada, a souligné l'avenir de cette institution dans le droit international dans le domaine de la détermination des droits mineurs de la personne humaine (*O asilo interno em Direito internacional publico*, Coimbra, 1946, p. 158).

12. Pour connaître le véritable esprit américain, il faut encore tenir compte d'autres éléments qui pourraient difficilement être remarqués en dehors du continent.

Ainsi, par exemple, on trouve dans la Convention de 1928 relative aux effets des traités, une clause qui est ainsi conçue : « Les traités continueront à produire leurs effets lors même que la constitution des États contractants sera modifiée. » (Article 11.)

Enfin, ce sont des nations américaines qui, pour la première fois dans le monde, ont accepté directement et explicitement que des décisions obligatoires pour toutes puissent être prises à la majorité. Cette majorité est des deux tiers et vaut pour les matières de grande importance, notamment pour l'assistance mutuelle en cas d'agression, à l'exception toutefois de la collaboration armée qui dépend encore du consentement de chacun (traité cité de 1947, art. 8, 17 et 20).

13. Peu importe que, sur la question de la reconnaissance de nouveaux gouvernements de fait, l'action collective des pays américains n'ait pas encore permis d'arriver à une solution nette, au moyen de consultations préalables ; suivant de nouvelles tendances et de nouvelles doctrines comme celles d'Estrada, de Tobar, de Larreta, etc., on s'efforce d'exiger une application parfaite et immédiate des principes démocratiques après chaque changement politique (Charles Fenwick, *The problem of the recognition of de facto governments*, « Inter-American Juridical Yearbook », 1948, Washington, 1949, p. 18).

De toute façon, on ne saurait prétendre assimiler les deux cas, car le besoin d'établir ou de continuer de bonnes relations entre voisins explique qu'on se contente de certaines conditions formelles pour la reconnaissance d'un gouvernement, par exemple, l'apparence

de stabilité, le maintien de l'ordre public, le respect des engagements internationaux. Mais ces conditions n'autorisent pas à sacrifier les préoccupations de justice et la sauvegarde de la dignité de la personnalité humaine ; les restrictions à l'administration de la justice dans le domaine politique ne froissent pas les gouvernements de la même manière qu'un refus de reconnaissance, même si le nouveau gouvernement est issu de la force.

Voilà pourquoi les pays latino-américains ont si docilement accepté les conséquences de l'asile qui, à première vue, pourraient porter de graves atteintes à leur souveraineté ; la réciprocité qui en est la base contribue d'autre part à effacer de cette mesure adoptée par un groupe fermé d'États tout aspect interventioniste. On a donc jugé préférable d'admettre, même au prix de l'impunité, un privilège équivalant à une sorte d'amnistie d'application générale écartant tout soupçon de caractère personnel envers les membres du pouvoir judiciaire de tel pays.

Si l'on admet qu'à La Havane en 1928 l'intention était d'extirper des abus, rien ne démontre que ce but ait été atteint, vu l'imperfection des textes qui y furent adoptés. D'ailleurs, on ne saurait attribuer aux travaux préparatoires une grande valeur, surtout s'il s'agit de travaux complexes faits à l'occasion d'une assemblée très nombreuse (Max Sorensen, *Les sources du droit international*, Copenhague, 1946, p. 215). Au contraire, on est forcé de reconnaître que justement après cette date l'institution de l'asile a pris une plus grande importance, phénomène analogue à celui souvent constaté à propos des articles des codes qui, à la longue, déploient des effets que leurs auteurs ne pouvaient même prévoir, pour répondre à des exigences sociales pressantes.

Toutes ces considérations ont bien marqué l'attitude prise par le défendeur, comme il apparaîtra par la suite. A ce propos, il nous faut envisager directement la clause maladroitement introduite à La Havane et qui a donné lieu à tant de malentendus. Il s'agit évidemment de celle qui a trait au « temps strictement indispensable pour que le réfugié se mette en sécurité d'une autre manière ». Concerne-t-elle l'asilent ? Mais si on conclut que le pays territorial peut repousser la qualification et surtout l'octroi d'un sauf-conduit, la règle n'a pas de sens. En effet, qui sera responsable du retard ? Il faudrait ouvrir une enquête pour apprécier la conduite de chaque État, et on pourrait arriver à constater une violation de la clause sans que la faute en incombe à personne.

Alors on ne comprend pas comment ce texte peut être concluant, surtout dans le cas présent, où la réponse aux trois lettres du demandeur a été expédiée 48 jours après l'envoi de la première.

Mais ce qui touche aux limites de l'exagération, c'est de considérer qu'en vertu de ladite clause l'asilé doit être remis aux autorités locales à la première occasion, comme s'il s'agissait là d'une garantie de sécurité comparable à celle que constitue l'hôtel diplomatique.

14. Pour appuyer presque tout ce que je viens d'affirmer, on pourrait rappeler une série d'articles, datés de 1945, mais publiés du mois de janvier 1947 au mois d'août 1948 dans la *Revista peruana de Derecho internacional*, l'organe de la « Sociedad peruana de Derecho internacional » (tomes 7 et 8, n<sup>os</sup> 23 à 28), par un des directeurs de cette revue, M. Alejandro Deustua A., et dont le sommaire se trouve à l'Annuaire de l'Union panaméricaine 1948 (Washington, 1949, p. 219).

Relevons-en très brièvement les points principaux : l'auteur, se fondant sur la définition de l'asile donnée par l'éminent internationaliste Alberto Ulloa, démontre l'inefficacité des arguments invoqués par les auteurs européens, touchant notamment la réserve de la souveraineté et l'autorité des juridictions locales. Passant à l'exposé de l'opinion dominante dans son pays, il signale, comme exception, un seul auteur, M. Wiesse, tous les autres se ralliant à la pratique continentale américaine ; il examine l'institution vis-à-vis de toutes les conventions américaines sans aucune restriction et fait observer que la vie n'est pas la seule valeur humaine que défend l'asile, mais que celui-ci a aussi pour but d'éviter tout châtement injuste ; la notion de danger est dégagée avec un soin spécial afin d'assurer au persécuté la liberté de choisir le moment précis où il a le besoin de sécurité, en laissant aussi au diplomate la faculté d'apprécier cette nécessité ; ensuite, il constate qu'en principe le gouvernement local ne s'oppose pas à ce choix et, sans contester l'urgence de la protection, s'efforce au contraire de nier le caractère politique de la criminalité attribuée à l'asilé. Continuant une analyse presque divinatoire des faits qui allaient se passer, l'auteur cherche à écarter la confusion entre l'asile et un simple refuge, démontrant que, sans la reconnaissance des crimes politiques, une telle institution ne saurait subsister. Enfin, après avoir souligné que la qualification ne doit pas appartenir à un intéressé mais à une autorité neutre, telle qu'un agent étranger, il passe à d'autres considérations, toujours intéressantes, sur l'institution qu'il a étudiée dès ses origines historiques pour aboutir à seize conclusions, dont la quatrième écarte le caractère d'urgence et la neuvième reconnaît à l'État asilant la faculté de qualification.

15. On doit insister sur deux caractères particuliers de l'asile — l'immutabilité des conditions, envisagées au moment de l'octroi, et le caractère irréparable des conséquences qu'entraîne pour l'asilé le retrait de l'asile.

Considéré comme une simple faculté, comme un acte d'humanité ou comme un véritable droit, l'asile une fois accordé crée une obligation à la charge de l'État qui l'accorde. Certes, le persécuté court le grave risque de se voir fermer les portes de la légation, mais s'il réussit à être accueilli, il acquiert l'assurance qu'il ne sera pas mis à la rue sans motif grave.

Les deux observations que nous venons de rappeler permettent d'écartier toute confusion entre l'octroi de l'asile, qui produit des effets instantanés et définitifs, et les vicissitudes qui peuvent intervenir par la suite jusqu'au dénouement dudit asile.

Assurément, un changement radical dans la situation peut laisser envisager l'hypothèse du départ de l'asilé, non pour se livrer à la police, mais pour regagner son propre domicile en toute tranquillité, car l'intervention d'éléments nouveaux, sans affecter le bien ou le mal fondé de l'octroi, qui reste inchangé, peut entraîner la disparition des deux raisons qui motivent l'asile, c'est-à-dire le danger pour la vie et le danger pour la liberté qui proviennent de l'activité politique antérieure. Dans ces cas, qui ne sont pas très rares, l'opposition de l'asilé serait preuve d'un simple abus auquel le droit ne donne jamais appui, et la règle *rebus sic stantibus* pourrait alors s'appliquer. En dehors de cette situation exceptionnelle, l'asilé ne peut être livré aux autorités locales sans son libre consentement.

L'octroi de l'asile produit des effets *ex tunc* et non pas *ex nunc* ; sinon, dans ce dernier cas, l'État territorial pourrait toujours différer la délivrance d'un sauf-conduit ou toute autre solution d'accord dans l'espoir de reprendre l'asilé à la suite d'un changement du *statu quo ante*, car les événements politiques prennent souvent des directions inattendues ; on a même assisté à un échange de résidences entre le gouvernement et une mission diplomatique.

Dans le cas présent, on a pu constater, par exemple, que le ministre qui avait porté une dénonciation contre l'actuel asilé s'est adressé trois semaines plus tard au même ambassadeur, et celui-ci, au-dessus des partis, a accordé sa protection au persécuté.

L'octroi de l'asile constitue donc un fait acquis dont les circonstances doivent être fixées une fois pour toutes, *ad perpetuam rei memoriam*, en vue de toute appréciation future. Il n'a rien à voir avec son maintien pour une durée nécessairement indéfinie si l'on reconnaît qu'il ne dépend pas exclusivement de l'asilé d'en fixer le terme. De même que, dans les obligations de toute nature, la formation et les effets du lien contractuel ne se confondent pas avec ses modes d'extinction. A propos de l'extradition même, on doit prendre un moment précis pour apprécier la remise de l'accusé sans que les modifications postérieures puissent avoir une influence ; au contraire, on s'efforce d'éviter que la situation de l'extradé soit empirée par d'autres chefs d'accusation.

16. Le défendeur a très bien compris le problème, cela ressort de la netteté avec laquelle il a formulé la demande reconventionnelle *in verbis* : « l'octroi de l'asile par l'ambassadeur ... à ... a été fait en violation... ».

Or, plus tard, la reconnaissance de la séparation des étapes, encore reconnue lors des plaidoiries pour expliquer l'opposition à une certaine manière de mettre fin à l'asile, a cédé la place à la théorie de la continuité comme un tout.

Ce changement a exigé pourtant une modification formelle de la demande présentée avec l'assentiment de l'agent du défendeur pour ajouter à la notion de l'octroi celle du maintien.

Une telle prétention a été écartée comme inutile, mais on a dû admettre une prolongation jusqu'au 31 août 1949 des circonstances constituant l'urgence, concept transitoire par sa propre nature, et cette constatation est aussi inutile puisque l'on a considéré l'asile comme mal accordé dès le 3 janvier.

A mon avis, cette application de la théorie de l'asile « continu » est encore moins défendable, heurtant même le sens courant des verbes employés à ce propos (« octroyer », « accorder », « concéder », etc.).

Comme on l'a déjà remarqué, il est difficile de tirer des conséquences d'un retard découlant de la nature même d'un conflit de points de vue, surtout si les parties sont arrivées à s'accorder sur la manière de résoudre ce conflit, en toute régularité, écartant ainsi réciproquement les effets du retard déjà survenu à l'époque de l'accord ainsi que du retard exigé par la suite de la procédure. En vérité, les parties ont de la sorte décidé d'effacer mutuellement les conséquences de la demeure qui peut s'être produite.

Notons, finalement, que le projet approuvé par l'Institut de Droit international à Bath a employé la conjonction *ou* pour séparer la phrase de l'octroi de celle du maintien de l'asile au lieu de les lier par la conjonction *et*.

17. Je ne veux pas m'attarder sur des points qui sont devenus secondaires après la transformation de l'affaire.

Ainsi, en ce qui concerne la qualification des délits, on vient de voir que le défendeur même, invoquant un précédent qui lui est propre, a considéré qu'il appartenait à l'asilent de qualifier le fait qui a donné lieu à l'asile. Cette déclaration serait aussi suffisante pour écarter l'affirmation incidemment faite dans la procédure, selon laquelle le défendeur n'aurait pas ratifié les Conventions de 1933 et 1939 par suite d'une aversion à l'égard du droit de qualification ; or, une foule d'autres raisons pourraient expliquer

cette omission, très courante en Amérique latine, de ratifier une convention qui, d'ailleurs, contenait d'autres textes. Pour établir cette aversion, il faudrait produire un élément matériel quelconque : elle n'existait d'ailleurs pas encore en 1939, puisque les délégués du défendeur avaient renouvelé la signature apposée dans le même sens en 1933.

Mais il est inutile d'argumenter *ad hominem*, car à mon avis la clause de qualification unilatérale va de soi et constitue même la seule façon de régler ce problème si délicat ; ainsi à Montevideo, par deux fois, on a recueilli la pratique et l'on s'est borné à déclarer ce qui était déjà observé à cette époque (H. Accioly, *op. cit.*, § 1171/A) ; une simple expression employée dans le préambule et constatant un fait incontestable de modification matérielle ne pourrait s'opposer à une réalité reconnue sans exception jusqu'à 1949. Ceci explique beaucoup plus naturellement pourquoi quatre des États signataires de 1928 pouvaient juger inutile d'abonder, par une simple déclaration, dans le sens du droit existant.

La décision du pays territorial ferait intervenir un élément pratiquement potestatif et l'accord préalable serait incompatible avec la rapidité d'action nécessaire. Au contraire, l'opposition des solutions en ce qui concerne les deux espèces de délit — respect de l'asile et livraison de l'asilé — et le renvoi au droit interne du pays asilant, d'une façon très large, autorisent à considérer que le Traité de 1928 a présupposé la même préférence pour la qualification exclusive que quatorze pays ont plus tard acceptée expressément (onze en 1933, plus le Nicaragua, qui n'avait pas encore déposé la ratification donnée, et deux en 1939) et que six autres ont acceptée dans la pratique. D'ailleurs, le Traité de 1939, comme celui de 1889, est hors de la série panaméricaine et restreint à six pays d'origine purement espagnole situés dans une partie de l'Amérique du Sud.

Il reste ainsi démontré que ce fait ne blesse aucunement la souveraineté nationale, ceci à raison de la réciprocité et à cause des buts visés, à savoir, la protection des droits de l'homme contre les contingences de la vie politique.

18. La qualification de l'asile doit être non seulement unilatérale, mais encore stable, comme nous l'avons déjà vu.

Il ne s'agit pas d'une qualification provisoire ni d'une simple question d'efficacité, mais au contraire d'une conséquence nécessaire au fonctionnement normal de l'asile tel que celui-ci est conçu dans la pratique de l'Amérique latine.

La conclusion sur la nature de la qualification ne peut toutefois amener à attribuer la valeur de chose jugée à la décision unilatérale du pays de l'asile, même si cette qualification revêt un caractère définitif. Elle n'est pas irréfragable et doit comporter, non une révision ordinaire des faits en chaque cas, mais à titre exceptionnel

une sorte de recours en cassation dans les cas d'infraction manifeste au droit international. Des abus évidents, des détournements de pouvoir, peuvent apparaître dans la concession de l'asile ; le droit international, comme le droit interne, interviendront alors pour supprimer tout arbitraire, par l'emploi des méthodes spécifiques de solution pacifique des différends, moyens d'ailleurs rappelés dans certains traités (Traité de Montevideo, 1939, art. 16).

19. En ce qui concerne l'obligation d'accorder un sauf-conduit sans réserves, je suis en principe d'accord avec la solution de la majorité de la Cour, quoique cette solution soit tout à fait indépendante du problème de la qualification. Il suffit, à ce propos, de rappeler que l'asile peut avoir été accordé à juste titre et que pourtant l'État se refuse à délivrer un sauf-conduit pour des raisons d'ordre politique.

Certes, la pratique courante s'est formée dans le sens de l'initiative de l'État asilant, mais ici entre en ligne de compte un élément fondamental d'ordre psychologique. Pour respecter l'asile, un État cède, agit à l'encontre de ses désirs et de ses intérêts et démontre ainsi qu'il obéit à une norme coactive. Mais ici on ne peut dégager le sentiment d'aucune obligation, même en la supposant remplie à contre-cœur.

En effet, l'octroi facile d'un sauf-conduit coïncide alors avec l'intérêt de l'État. Il consent à la sortie d'un élément dangereux, capable de causer des ennuis, encore qu'il soit isolé dans un hôtel diplomatique et sujet à de sévères restrictions : car la barrière matérielle serait bien insuffisante pour contenir éventuellement les excès d'une foule passionnée.

Cette attitude dénonce aussi la conviction de la part de l'État territorial qu'il ne pourra pas punir l'asilé si ce n'est après son départ et au moyen d'une demande d'extradition.

Mais il peut arriver au contraire que l'État territorial ait un intérêt raisonnable à ce que l'asilé ne sorte pas du territoire à cause des dangers plus grands que celui-ci peut causer à l'ordre public, notamment en se joignant à des groupes d'insurgés au delà ou même en deçà des frontières.

Par des négociations directes ou par la médiation d'un État tiers, on peut arriver à des formules conciliatoires préservant lesdits intérêts par voie de restrictions, que d'ailleurs certaines conventions ou de simples projets (Pessôa, 1912, Projet des juristes réunis à Rio-de-Janeiro, 1927) ont adoptées, rappelant par ailleurs que l'asile ne doit pas apporter d'avantages à une des factions en lutte. Il est donc tout naturel que, avec ou sans la garantie de l'État de refuge, l'asilé s'engage à ne pas reprendre les armes, ou à ne pas se fixer près des frontières, sans quoi son départ pur et simple pourrait être extrêmement nuisible à l'État.

20. Dans les cas d'asile et de non-extradition des criminels politiques, une sorte de servitude pèse sur l'État qui se trouve ainsi dans l'impossibilité de fait d'appliquer sa loi pénale — l'obstacle étant constitué soit par la fuite du criminel, soit par son entrée dans une résidence diplomatique.

Il faut mettre l'accent sur cet aspect négatif, parce que c'est chose grave que d'obliger un État à un acte positif, comme la délivrance d'un permis de sortie, acte dont la répercussion psychologique est très sérieuse.

À ce propos, il faut aussi reconnaître à cet État la liberté de faire des discriminations et d'apprécier le danger du départ de chaque réfugié sans que cette appréciation puisse donner lieu à des critiques.

Les réserves faites par l'État sont encore plus compréhensibles lorsqu'il considère l'asile comme résultant d'un abus de droit. Il existe alors une espèce de rétention, comparable à l'*exceptio non adimpleti contractus*, et qui consiste à différer l'octroi du sauf-conduit jusqu'à la solution de la querelle, au lieu d'autoriser le départ immédiat même sous réserve d'une demande postérieure d'extradition, surtout si dans le pays de refuge l'appréciation de cette dernière mesure est du ressort exclusif du pouvoir judiciaire, ce qui ôte toute efficacité à l'obligation qu'assumerait le gouvernement à cet égard.

21. Passons au cas d'espèce.

À la suite de l'octroi de l'asile à M. de la Torre, les deux pays intéressés ont entamé une correspondance diplomatique qui a fini par aboutir à une controverse juridique très précise — le défendeur, tout en s'attachant exclusivement aux Conventions de 1911 et de 1928, ne contestait la légitimité de l'asile que parce qu'il ne s'agissait pas d'un délinquant politique, mais d'un criminel de droit commun, préalablement accusé d'actes de terrorisme. Personne n'a prétendu que l'élément d'urgence exigé par la Convention de La Havane fût défaut — et cependant trois mois s'étaient déjà écoulés depuis le fait principal reproché aux chefs du parti en question, c'est-à-dire depuis la rébellion militaire au port de Callao, le 3 octobre 1949.

S'agissait-il d'une erreur ou d'un oubli? Non, car, en réponse à la communication du 4 janvier 1949, la première lettre du défendeur commençait par une allusion aux règles de La Havane, y compris la circonstance d'urgence, sans élever d'objection à cet égard.

C'était reconnaître pleinement que l'asile avait été opportunément octroyé, car il était inutile d'entamer une pénible discussion sur un autre point quel qu'il fût. Une telle attitude vient souligner à nouveau la manière dont l'institution de l'asile est envisagée dans

son milieu naturel : aucun juriste local n'a eu son attention attirée par l'aspect arithmétique de la durée.

Dans cet état d'esprit, un seul différend ou controverse s'est dégagé, d'une netteté cristalline, et les points principaux en ont été plusieurs fois indiqués. Certes, les deux Parties ne se sont pas mises d'accord sur la formule à soumettre à la Cour, mais rien n'indique que ce défaut d'accord fût dû à une question qui ne se posait pas à l'époque ; au contraire, la divergence constatée portait sur la question de la criminalité, le demandeur préférant se borner aux deux problèmes abstraits — savoir, le droit de qualification et l'obligation de délivrer un sauf-conduit — et le défendeur souhaitant mettre en question l'existence d'une accusation préalable pour des délits de droit commun.

En tout cas, l'Acte de Lima a été conclu pour soumettre à la Cour la controverse « qui a surgi à l'occasion de la demande .... de sauf-conduit.... », etc. Donc, en ces deux occasions, savoir, le 3 janvier et le 30 août 1949, la controverse se limitait à des points précis, conformément au consentement même des Parties manifesté de façon réitérée.

Mais, sortie du milieu où elle avait été créée, comprise et délimitée, l'affaire commence à subir les effets d'un procédé de modification, d'une manière d'abord discrète, qui finalement aboutit à transformer profondément le différend.

22. Ainsi, la demande reconventionnelle est venue ajouter au grief de violation de l'article premier, paragraphe premier, du Pacte de La Havane, celui de la violation de l'article 2, paragraphe 2, « *premièrement* », du même acte.

D'après les antécédents de l'affaire, on pourrait bien s'imaginer, en l'absence d'explication précise sur les développements que ce paragraphe peut autoriser, que loin d'établir un motif nouveau, on y faisait plutôt allusion à une alternative découlant de la discussion antérieure et qui a conservé le même ton dans le développement ultérieur de la procédure judiciaire jusqu'à la dernière plaidoirie, surgissant toujours comme un *leitmotiv* de l'affaire : l'incrimination de droit commun pour actes de terrorisme possède une certaine force de « dépolitisation ».

On pourrait donc admettre qu'après des déclarations aussi expressives (cf. mémoire, contre-mémoire, duplique, plaidoiries), la conclusion selon laquelle, une fois écartée l'existence d'accusations préalables de délits communs, l'asile se révélerait irréprochable vis-à-vis d'un simple politicien en détresse ou d'un criminel politique auxquels le défendeur aurait toujours reconnu en principe le droit d'asile, s'impose d'elle-même.

En d'autres termes, si la Cour rejette toute accusation antérieure de délit commun, l'asile doit être maintenu.

Il fallait beaucoup d'attention pour découvrir dans deux ou trois références des plus discrètes à l'urgence (contre-mémoire, duplique) une condition nouvelle à l'acceptation de l'asile, même exigée à titre subsidiaire. J'irai même jusqu'à dire que la netteté de la référence qui précède la conclusion de la reconvention est loin d'être satisfaisante (contre-mémoire).

Mais tout a été changé dans la duplique orale pour permettre de dire à la Cour qu'elle était libre de retenir ou non la question de la qualification du délit, question que le défendeur estimait désormais en dehors des débats et de « l'orientation que ceux-ci avaient prise », car il se préoccupait à titre principal de la circonstance d'urgence, liée à un danger matériel et passager.

Le centre de l'affaire étant ainsi déplacé, tous les soucis sur la criminalité de droit commun, qui avait constitué jusque-là le seul motif de la méconnaissance de l'asile, disparaissaient ; on arrivait alors à mettre en doute la compétence de la Cour pour décider de problèmes que la reconvention seule avait créés.

Je ne saurais, pour ma part, rester indifférent à une telle pratique, qui faisait même songer au concept anglo-saxon de *l'estoppel*. Moins encore pourrais-je accepter que l'on déplace, à la onzième heure, le fardeau de la preuve de l'urgence sur le demandeur, qui dans la demande reconventionnelle était pourtant le défendeur, alors même qu'à défaut de toute contestation opportune sur l'urgence, la règle de procédure qui fait présumer exacts les faits non contestés par l'adversaire devait aussi s'appliquer.

En tout cas, la question de la preuve n'a dans le cas présent aucune importance, car les documents apportés au dossier par les deux Parties dans différents desseins sont plus que suffisants pour la preuve des faits nécessaires à la décision de l'affaire.

23. A mon avis, la Cour était même incompétente pour trancher une controverse qui n'existait pas au moment de la conclusion de l'Acte de Lima, lorsque celui-ci a fixé un différend déjà né et nettement délimité. Aux termes du Protocole signé à Rio-de-Janeiro, entre les mêmes Parties, le 24 mai 1934, il aurait fallu également une discussion diplomatique directe et préalable pour qu'une question vînt devant la Cour.

On a peut-être préféré s'en tenir à un assentiment tacite des Parties, du fait que, dans les conclusions orales, le demandeur n'a pas parlé à nouveau de la compétence de la Cour pour connaître de ce qu'il a appelé la première demande, tandis qu'il a fait allusion à l'incompétence à propos de la seconde demande reconventionnelle (cf. réplique, plaidoiries).

Cette raison, encore qu'appuyée sur la jurisprudence de la Cour, permanente reste bien faible. D'abord, je préférerais à cette juris-

prudence l'opinion dissidente présentée, entre autres, par le juge Max Huber (C. P. J. I., Série A, n° 15, Arrêt n° 12, p. 53). Ensuite, il s'agissait d'une incompétence *ratione materiae*, que le demandeur a d'ailleurs rappelée à propos du devoir pour la Cour d'examiner *ex officio* les deux conditions posées par l'article 63 (compétence et connexité).

Mais il y a encore une circonstance plus importante — c'est que la modification du fondement essentiel de la demande a été plaidée à un moment où l'autre Partie ne pouvait plus répondre, condition en tout cas exigée par la Cour permanente en ce qui concerne une simple modification des conclusions (M. O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice*, New-York, 1943, page 576, et note 25).

En tout cas, au lieu de trouver le consentement des Parties dans la faible mesure d'un abandon tacite ou *a contrario*, je préfère le rechercher dans un document solennel, comme l'Acte de Lima, qui est à la base de toute l'affaire, comme limite d'une compétence qui n'est accordée à la Cour que par la volonté des Parties et que celle-ci doit observer *ex officio* (Viktor Bruns, *Recueil des Cours*, vol. 62, p. 603).

24. La demande reconventionnelle et surtout l'importance qu'a prise de façon inattendue la circonstance d'urgence ont entraîné une profonde modification de l'affaire en la retirant du champ d'une simple discussion juridique pour la ramener dans un domaine où les aspects politiques occupent la place principale — on a clairement voulu « crever un abcès ».

Le demandeur qui avait gardé une grande réserve dans la discussion diplomatique, évitant d'apprécier les faits (cf. duplicque) et se retranchant derrière les aspects généraux de droit, s'est vu forcé d'étaler les motifs politiques existants, à la première occasion qui s'est présentée après le contre-mémoire, c'est-à-dire dans la réplique.

La Cour a écarté, à la quasi-unanimité des voix, la prétention concernant l'existence d'un crime de droit commun lors de l'octroi de l'asile : c'est le rejet complet du point de vue soutenu par le défendeur jusqu'à la date du contre-mémoire et qui a passé à la place subsidiaire seulement le 9 octobre 1950.

Mais on a considéré comme violée une autre disposition de la Convention de La Havane, parce que, à trois mois de distance du fait principal, il n'y aurait pas eu urgence et parce que, le 3 janvier 1949, il n'y aurait pas eu un danger réel suffisant pour octroyer l'asile.

25. Mais jusqu'à cette époque, plusieurs diplomates avaient accordé asile à un grand nombre de personnes sans aucune opposition, et cette circonstance conduit encore à écarter l'interprétation au sens étroit du mot « urgence » par rapport au temps, inter-

prétation selon laquelle il ne devrait s'agir que de compter un nombre de jours d'ailleurs incertain.

Il est très difficile d'admettre une interprétation du texte qui ne tienne pas compte des particularités du milieu qui lui a donné naissance ; il comporte une gamme de faits très nuancée.

Parfois il n'existe même pas de date qui permette un calcul de temps, et il faut également tenir compte des difficultés d'accès à une légation, car le premier soin de la police en ces occasions est de surveiller les hôtels diplomatiques pour empêcher que les suspects ne s'en approchent ; dans ces cas, le fugitif doit attendre longtemps et guetter l'occasion favorable pour passer à la dérobée, en général pendant la nuit.

On constate dans le cas présent que le premier élément précis d'une accusation de délit politique est la sommation parue au Journal officiel du 16 novembre 1948 ; la lettre ministérielle à laquelle il sera fait allusion plus tard était restée secrète.

Une demande anticipée pourrait-elle cependant être accueillie de bonne grâce par un agent diplomatique ou, au contraire, celui-ci la refuserait-il à raison de son caractère prématuré ? Il est extrêmement difficile de juger une telle situation dans des conditions très différentes de temps et de lieu pour comprendre les hésitations qui peuvent assaillir l'esprit du fugitif.

Mais, dira-t-on, il y avait dès le 4 octobre 1948 un décret qui mettait hors la loi le Parti Apra après des considérants où figurent de claires allusions à la volonté de punir les auteurs moraux des faits contraires à l'ordre public de la nation, bien que le programme de ce parti ait été connu depuis longtemps et que plusieurs de ses membres eussent fait partie du Congrès et du Gouvernement. Mais la constitutionnalité de cet acte était cependant susceptible d'une appréciation judiciaire, puisque la Constitution péruvienne restait en vigueur avant le 27 octobre avec les seules restrictions de l'état de siège. Il suffit de constater que ledit décret se fondait sur l'article 154, n° 2, de la Constitution, qui attribue au pouvoir exécutif le maintien de l'ordre public, mais sans l'autoriser à violer ladite Constitution ou les lois.

D'autres circonstances pourraient être encore relevées pour apprécier la conduite de l'ambassadeur, et aussi de son Gouvernement qui devait l'appuyer par la suite : tout d'abord, la lettre du ministre de l'Intérieur du 5 octobre 1948 dénonçant des crimes ; cette lettre, de nature nettement politique, produisit, bien qu'elle eût été gardée secrète, des effets visibles, qui furent la mise sous séquestre des biens et des journaux ; ensuite, les prorogations successives de l'état de siège, dont la dernière à la veille de l'asile, montrant que la crainte de troubles sociaux n'avait nullement disparu ; enfin, le décret-loi du 4 novembre dont nous parlerons plus tard.

D'autre part, pouvait subsister le danger d'attentats d'origine privée, par exemple d'ennemis personnels passant outre à toutes les précautions que pouvait prendre une garde policière.

26. Mais ce qui démontre sans conteste que la décision de l'ambassadeur n'était pas anormale, illicite ou précipitée, c'est le changement profond des circonstances constaté pendant la période de trois mois qui s'est écoulée entre les deux faits — la rébellion et l'asile.

Il est très regrettable d'être obligé d'examiner des faits politiques, mais il n'y a pas d'autre moyen d'apprécier les problèmes posés par la demande reconventionnelle, encore qu'on doive toujours argumenter d'une manière hypothétique et rétrospective, puisqu'il s'agit d'une situation déjà passée.

Le triomphe, le 27 octobre 1948, d'un autre mouvement de révolte a aggravé la situation de l'asilé, surtout si on lui attribue la responsabilité de la distribution des tracts qui ont été présentés à la Cour.

On a peut-être considéré comme insuffisante l'action punitive entamée par le Président constitutionnel contre le Parti apriste, et l'on a, d'autre part, affirmé que le nouveau Gouvernement ne se croyait pas engagé par les opinions exprimées par le Gouvernement précédent sur une question aussi importante que la qualification de l'asile.

Il importe de rappeler qu'une Junte militaire de gouvernement a été installée, ou, comme dit l'arrêt, « s'empara du pouvoir suprême ». Or, une telle situation était incompatible avec une véritable Constitution, en premier lieu celle qui était violée par l'installation même du nouvel organe. Les limitations de pouvoir que s'imposent ceux-là mêmes qui l'exercent en vertu d'un acte de violence sont toujours illusoire, puisqu'elles résultent d'une simple expression de volonté qui peut être changée à tout instant. Le décret du 4 novembre se fonde, par exemple, sur les pouvoirs qui ont été conférés à la Junte, sans qu'on ait cru devoir donner la moindre explication sur la source de ces pouvoirs.

Ainsi la reconduction mensuelle de l'état de siège, qui normalement se borne à suspendre certaines garanties constitutionnelles, n'a donc qu'une très faible signification si l'on tient compte de l'étendue illimitée des pouvoirs que le gouvernement de fait pouvait de toute manière s'attribuer ; ledit décret du 4 novembre prévoyant la peine de mort et simplifiant la procédure en matière de délits politiques démontre à l'évidence la puissance d'un pouvoir pratiquement illimité.

On peut donc en principe admettre qu'un diplomate étranger puisse concevoir des doutes sérieux quant au fonctionnement même de la justice ordinaire. Car le renvoi sous divers prétextes non seulement de juges militaires, mais de juges inamovibles, apparte-

nant même à une Cour suprême, n'est pas une hypothèse insolite, lorsqu'un pays se trouve pendant un temps hors d'un cadre constitutionnel normal. Pour n'avoir pas à s'étonner d'une telle supposition, il suffit de se rappeler cette fameuse tentative de changer le sens de la majorité d'une Cour qui s'est produite dans une des plus grandes démocraties du monde, bien qu'alors il ne se fût agi que de servir un intérêt fondamental du pays : transformer le système économique de l'État.

Peu importe que le décret-loi du 4 novembre n'ait pas été effectivement appliqué dans la procédure qui s'est poursuivie contre les accusés secondaires, car, à tout moment, un autre acte basé sur les mêmes pouvoirs illimités pourrait, d'un trait de plume, donner une orientation toute différente, impossible à prévoir dans une situation aussi instable.

Ainsi, un diplomate placé dans de telles circonstances ne pouvait pas être sûr que l'ancienne et profonde tradition de culture du pays où il était accrédité fût un barrage suffisant contre l'application rétroactive d'une nouvelle loi dont l'effet d'intimidation était d'ailleurs indéniable.

Certes, une déclaration faite devant la Cour, le 15 juin et le 2 octobre 1950, par un gouvernement constitutionnel exige un respect absolu et constitue une garantie contre l'application future de la loi d'exception au cas où l'asilé passerait en jugement, quoique la tâche d'appliquer une loi appartienne au pouvoir judiciaire et non à l'exécutif ; mais, de toute manière, une telle déclaration n'a rien à voir avec la situation de fait existant à l'époque où l'on croyait d'ailleurs facile d'abandonner l'orientation du gouvernement constitutionnel précédent (cf. mémoire).

L'observation faite par le défendeur que le demandeur a adopté des lois semblables, relatives à l'aggravation des peines et à la simplification de la procédure pour les crimes politiques, n'est pas un argument à l'appui de sa thèse ; au contraire, si un gouvernement constitutionnel peut, dans un simple état de siège, exercer de telles fonctions essentiellement législatives, en vertu de dispositions particulières de sa constitution, on peut facilement imaginer ce qui pourrait arriver dans le cas où celle-ci n'existe pas ou n'est appliquée qu'en partie, au gré des pouvoirs de fait.

L'ambassadeur a aussi pu constater qu'une procédure devait continuer en l'absence des inculpés, après une sommation officiellement publiée par l'ordre d'un juge d'instruction militaire (cf. contre-mémoire). Est-ce qu'il pouvait prévoir que cette sanction viendrait à être écartée, grâce à une disposition légale excluant toute procédure par défaut, dont les termes exacts ne sont d'ailleurs pas encore connus de la Cour et demandent des explications, notamment sur la signification des allusions contenues dans la partie finale de la décision transcrite à la duplique ? Il importe peu que le jugement rendu le 22 mars 1950, sans aucune précipitation, contre les accusés à l'exclusion

des absents, ait été modéré ; on y voit en revanche proclamer avec une anticipation déplacée la responsabilité principale des chefs de l'Apra pour des faits dont ils devaient personnellement tirer avantage (cf. duplique).

27. En vérité, il n'y a qu'une façon d'apprécier une question de responsabilité quelle qu'elle soit : c'est de revenir aux conditions de lieu, de temps et de milieu dans lesquelles les faits se sont produits, quoiqu'on puisse hésiter entre une appréciation subjective ou objective, en se mettant, dans le premier cas, à la place de l'accusé, et en adoptant, dans le second, une position abstraite pour comparer l'attitude critiquée à une conduite idéale, le critère bien connu du *bonus pater-familias*.

L'approbation donnée par le Gouvernement à l'action de son représentant n'a pas changé l'aspect de la situation ni déplacé les faits un seul jour après le 3 janvier 1949. Il ne serait donc pas raisonnable d'opposer aux faits vécus à ce moment une version échafaudée à grande distance et deux ans après les événements.

La discussion diplomatique a eu seulement pour but d'obtenir une reconsidération d'attitude à la lumière de raisons qui remontent à l'époque de l'octroi de l'asile. Ces démarches n'ont pas réussi, et la question est restée dans l'état reconnu devant la Cour avec la rédaction de la demande reconventionnelle.

La querelle restait la même et on ne pouvait échapper au dilemme suivant : ou bien la violation est constatée et alors l'ambassadeur a mal agi au vu des seules circonstances susceptibles de considération, ou il a bien agi et alors on ne peut pas parler de violation, ni même — forme adoucie — d'un manque de conformité.

Sortir de cette dure alternative, c'est pénétrer dans le champ de l'arbitraire, car il ne s'agit pas de porter un jugement sur la conduite personnelle de l'ambassadeur, sur le point de savoir s'il a commis ou non une faute et si celle-ci est ou non excusable, ou de l'acquitter.

28. Le dossier fournit d'autres éléments dont la Cour ne saurait négliger l'examen, surtout en ce qui concerne la prétendue modification de la situation du 3 janvier au moment présent, afin de conclure si la remise de l'asilé permettrait d'assurer sa sécurité.

On peut ainsi constater, en dehors de la lettre du ministre de l'Intérieur du 5 octobre 1948, que :

1) le 25 mai 1949, le procureur a dénoncé l'asilé comme participant à un crime d'homicide, du chef d'une instigation de deuxième degré et sur de simples présomptions (cf. contre-mémoire) ;

2) le 7 septembre 1949, une autre instruction est ouverte pour faux d'un document qui devait profiter au parti et à l'asilé (cf. contre-mémoire) ;

3) le 13 septembre 1949, le procureur porte accusation contre l'asilé pour délit d'usurpation d'autorité (cf. contre-mémoire) ;

4) le 21 septembre 1949, l'instruction est ouverte du chef indiqué ci-dessus au n° 3 (cf. contre-mémoire) ;

5) le 5 décembre 1949, le jugement accueille, à titre préliminaire, les accusations pour homicide et les délits contre l'administration de la justice et contre la foi publique (cf. contre-mémoire) ;

6) le 31 décembre 1949, un juge d'instruction est désigné et le même jour ce magistrat ordonne l'ouverture de deux instructions sur les chefs indiqués *supra* n° 5 (cf. contre-mémoire) ;

7) le 22 avril 1950 est terminée l'instruction pour les délits contre la foi publique et contre l'administration de la justice, et on ordonne l'application des dispositions de loi contre les inculpés défaillants, sans que la portée de ces sanctions soit connue (cf. duplique).

Tous ces faits ont permis de dire, en plaidoirie, que « la justice interne [du pays dont l'asilé est ressortissant] le croit responsable de l'assassinat de Graña ainsi que des délits contre l'administration de la justice et contre la foi publique, chefs pour lesquels les procès furent ordonnés » (cf. duplique).

29. La conclusion à laquelle j'arrive, rejetant la demande principale et aussi la demande reconventionnelle, pourrait évidemment soulever des critiques en ce que l'impasse continuerait après les vingt-deux mois qui se sont déjà écoulés. Mais les deux Parties, tout en ayant adressé des appels pressants à la Cour en vue de résoudre le conflit, ne lui ont pas fourni les moyens d'arriver à une solution indépendante, comme elle aurait pu le faire aux termes de l'article 38, paragraphe 2, du Statut (jugement *ex aequo et bono*). Au contraire, les Parties ont limité l'action de la Cour en indiquant seulement les données juridiques applicables à l'espèce.

Mais si les points fondamentaux restaient définitivement acquis dans le sens de mon opinion, c'est-à-dire si le défendeur n'était pas contraint de délivrer un sauf-conduit tout en n'étant pas admis à exiger la remise de l'asilé, on verrait alors se dessiner les grandes lignes d'un accord compatible avec les exigences de sécurité de l'État territorial et les droits individuels de l'homme, moyennant

des conditions relatives à la protection des intérêts fondamentaux du pays et de la dignité des citoyens.

On ne pourrait donc pas parler d'une prison perpétuelle, ou même indéfinie, car le dénouement de l'asile arriverait facilement, comme dans tous les autres cas où un différend a surgi.

30. Dans ces conditions, si l'on déboute le demandeur principal en admettant la demande reconventionnelle, je me demande si le défendeur, qui n'a pas jusqu'ici demandé la remise de l'asilé, ne sera pas porté à le faire selon la réserve énoncée à cet égard (cf. contre-mémoire). Je me demande quelle pourra être l'attitude du demandeur principal en face d'une telle prétention, si elle venait à se produire ou même si, en l'absence de toute demande, il n'obligera pas l'asilé à quitter l'ambassade. Je me demande si, de part et d'autre, on ne sera pas amené à admettre que la remise de l'asilé à la justice territoriale est la seule solution. S'il en était ainsi, il se trouverait qu'après des centaines de cas d'asile, on assisterait peut-être pour la première fois, du moins en Amérique latine, à la livraison d'un criminel politique à la justice territoriale, civile ou militaire. Je me demande si, dans cette hypothèse, cette justice le jugerait non seulement pour le délit politique, qui lui est imputé, mais même pour des crimes de droit commun en lui appliquant l'étrange article 248 du Code de Justice militaire qui prévoit que, si l'on ignore les véritables auteurs des délits de droit commun connexes, on peut punir les principaux chefs de la rébellion. De tels résultats me paraissent contraires à l'idée que l'on se fait en Amérique latine de l'asile accordé aux criminels politiques.

(Signé) PH. AZEVEDO.