

## EDITORIAL

### Précis de recomposition

Après les débats sur la fragmentation du droit international, d'autant plus fastidieux que chacun plaidait pour sa chapelle, il était temps de revenir à une vision d'ensemble du droit international, dans sa dynamique. Le droit international n'est pas né avec la Charte des Nations unies et il lui survivrait, comme il a survécu à la S.d.N., mais un nouvel ordre public a été fondé en 1945, sur les ruines du monde ancien.

Dès la fin des années quarante, la Cour internationale de Justice a perçu ce qu'il y avait de novateur dans la création d'une organisation mondiale, dotée d'une personnalité objective, et dans le dépassement d'un strict positivisme avec la consécration de « *certaines principes généraux et bien reconnus tels que des considérations élémentaires d'humanité ...* »<sup>1</sup>. Reprenant les termes même de l'Assemblée générale, la Cour a considéré que le génocide, était un « *crime de droit des gens, impliquant le refus du droit à l'existence de groupes humains entiers, refus qui bouleverse la conscience humaine, inflige de grandes pertes à l'humanité, et qui est contraire à la fois à la loi morale et à l'esprit et aux fins des Nations Unies* ». La Cour en tire deux conséquences juridiques, d'abord, en affirmant que les principes qui sont à la base de la Convention de 1948 « *sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les Etats même en dehors de tout lien conventionnel* », d'autre part, en soulignant « *le caractère universel à la fois de la condamnation du génocide et de la coopération nécessaire 'pour libérer l'humanité d'un fléau aussi odieux' (préambule de la Convention)* »<sup>2</sup>. La Cour va même jusqu'à parler de « *convention de portée nettement universelle* » (« *definitely universal in scope* »), sur la base ténue du vote unanime de la résolution du 9 décembre 1948 par laquelle l'Assemblée générale a approuvé la Convention, alors qu'aujourd'hui encore la Convention est loin d'avoir fait le plein des ratifications.

On doit saluer l'idéalisme juridique de la Cour qui ne considère pas que les grands mots sont des gros mots, lorsqu'elle parle de « conscience humaine » de « morale » ou d'« humanité », quitte à mettre les tenants de la raison d'Etat en porte-à-faux. Certes, le soupçon d'hypocrisie est sous-jacent, mais cette quête de l'universalité va bien au-delà de la justice des vainqueurs, dont le procès sera ruminé par un Carl Schmitt, dans son procès récurrent de Versailles ou de Nuremberg. Il est intéressant à cet égard de relire la confrontation intellectuelle entre Carl Schmitt et Georges Scelle qu'a présentée récemment Robert Kolb<sup>3</sup>. Si le droit international dépasse l'égoïsme sacré des Etats - ces monstres froids -, encore faut-il que la grandiloquence ne se transforme pas en impuissance. « *Qui terre a, guerre a* » disait déjà le vieil adage médiéval. Peut-on dépasser un droit féodal, enraciné dans l'autochtonie et la conquête, dans une dialectique des prises de guerre, pour un droit moderne, « cosmopolitique » au sens kantien, qui serait un droit de la paix ?

---

<sup>1</sup> C.I.J., Arrêt du 9 avril 1949 (fond), *Aff. du détroit de Corfou*, Rec. 1949, p. 22.

<sup>2</sup> C.I.J., Avis consultatif du 28 mai 1951, *Réserves à la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide*, Rec. 1951, p. 23.

<sup>3</sup> KOLB Robert, *Deux textes de Carl Schmitt, (La question clé de la Société des Nations, Le passage au concept de guerre discriminatoire)*, Paris, Pedone, 2009. On retrouve ces textes avec une présentation assez curieuse dans SCHMITT Carl, *Guerre discriminatoire et logique des grands espaces*, Krisis, 2011.

Le désordre du droit est le meilleur alibi du relativisme juridique. En ce sens, la multiplication de systèmes et le cloisonnement des régimes de protection des droits de l'homme ne sont pas - en soi - un signe de progrès, la mauvaise monnaie risquant trop souvent de chasser la bonne. Ainsi l'opposition manichéenne entre le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire, qui alterneraient comme le jour et la nuit, est devenue une idée reçue, au point qu'une « stratégie humanitaire », visant il est vrai les ONG de terrain soucieuses de neutralité, au nom de l'accès aux victimes, peut se situer en dehors du cadre du droit international, en considérant que « les droits de l'homme ne s'appliquent pas en temps de guerre », malgré toute la jurisprudence récente de la Cour internationale de justice ou de la Cour européenne des droits de l'homme, sans parler de la pratique des organes de surveillance des traités! Il a fallu de patients efforts à la diplomatie française pour que les résolutions du Conseil de sécurité sur la lutte contre le terrorisme s'inscrivent expressément « dans le cadre du respect du droit international, notamment du droit international des droits de l'homme, du droit des réfugiés et du droit humanitaire ». La référence aux « violations flagrantes » (*gross violations*) du droit international des droits de l'homme et aux « violations graves » (*serious violations*) du droit humanitaire, se trouve au cœur des principes de base en matière de réparation, élaborés par Théo Van Boven dans le cadre de la Sous-Commission des droits de l'homme puis révisés par Cherif Bassiouni avant d'être adoptés par l'Assemblée générale dans sa résolution 60/147 du 16 décembre 2005.

De plus en plus d'instruments juridiques se trouvent à la charnière des différentes logiques, de la prévention à la réparation. Si la Convention pour la prévention et la répression du génocide de 1948 a longtemps été une pièce isolée dans le dispositif du droit international pénal, la Convention contre la torture de 1984 vise elle aussi la prévention et la répression, en visant « *l'entraide judiciaire la plus large possible* ». La récente Convention pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées de 2006, marque un pas de plus. La version anglaise du titre parle de « *enforced disappearance* » au singulier. Là encore le préambule se réfère à tous les « instruments internationaux pertinents dans les domaines des droits de l'homme, du droit humanitaire et du droit pénal international », en soulignant que la disparition forcée constitue un crime et « dans certaines circonstances définies par le droit international un crime contre l'humanité », le pont étant établi avec les compétences de la Cour pénale internationale.

Le caractère purement répressif du Statut de Rome a amené de bons auteurs à préconiser l'élaboration d'une convention pour la prévention et la répression des crimes contre l'humanité<sup>4</sup>. Quelle que soit la faisabilité politique d'un tel projet qui reste actuellement au stade de la codification privée, il faut souligner l'importance juridique de mettre en place une gamme complète d'obligations et de procédures, sans attendre le stade ultime de la violation et de la sanction. Un bon test sera la ratification rapide de la Convention sur les disparitions forcées, qui comporte un volet civil et un volet pénal, avec des mécanismes nouveaux de prévention et de protection, allant de l'enquête sur le terrain à l'alerte rapide, y compris la saisine de l'Assemblée générale, à côté de compétences primordiales en matière de rapports et de plaintes.

Cette dynamique internationale, vient des Etats eux-mêmes et le récent témoignage de David Scheffer, l'ancien ambassadeur *at large* pour les crimes de guerre de l'administration Clinton, l'illustre bien, même si l'ouvrage minimise le rôle de la France, et notamment de Robert Badinter et de Pierre

---

<sup>4</sup> SADAT Leila, *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge University Press, 2011.

Truche, dans la création du premier Tribunal *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie<sup>5</sup>. De même, la France et l'Argentine ont joué un rôle décisif ces trente dernières années, pour lutter contre l'impunité et faire adopter la Convention sur les disparitions forcées. Si les ONG et notamment les familles de victimes se sont inlassablement mobilisées pour réclamer la vérité et la justice, ce sont les experts comme Louis Joinet et les diplomates comme Bernard Kessedjian qui ont porté les textes jusqu'à l'adoption finale par les Etats<sup>6</sup>.

La Cour internationale de justice elle-même est revenue aux sources. Non seulement elle s'est référée aux instruments des droits de l'homme dans de grandes affaires contentieuses ou consultatives, mais elle a procédé récemment à une reconstruction intellectuelle qui mérite d'être soulignée. Dans l'affaire *Diallo*, elle se fonde sur une disposition parallèle du Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>7</sup> et de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples<sup>8</sup>, avant de rendre hommage à « la jurisprudence du Comité des droits de l'homme », le choix du terme est d'autant plus généreux que la Cour vise ainsi « une jurisprudence interprétative considérable, notamment à l'occasion des constatations auxquelles il procède en réponse aux communications individuelles (...) ainsi que dans le cadre de ses 'Observations générales' »<sup>9</sup>. Bien plus, la Cour abandonne l'économie de moyens qui dans l'affaire *LaGrand* lui faisait rechigner à parler de droits de l'homme en tant que tels, face à des droits de l'individu, en apportant une clarification de principe : « Bien que la Cour ne soit aucunement tenue, dans l'exercice de ses fonctions judiciaires, de conformer sa propre interprétation du Pacte à celle du Comité, elle estime devoir accorder une grande considération à l'interprétation adoptée par cet organe indépendant, spécialement établi pour superviser l'application de ce traité. Il en va de la nécessaire clarté et de l'indispensable cohérence du droit international; il en va aussi de la sécurité juridique, qui est un droit pour les personnes privées bénéficiaires des droits garantis comme pour les Etats tenus au respect des obligations conventionnelles ». Au passage, la Cour ne néglige pas le droit comparé en se référant aux autres systèmes régionaux, à travers l'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme...

Si avec l'arrêt du 3 février 2012 dans l'affaire des immunités juridictionnelles de l'Etat qui opposait l'Allemagne et l'Italie, la Cour aboutit à une solution conservatrice consacrant l'immunité de juridiction et d'exécution des Etats sur la base du droit international coutumier, au terme d'un long exercice de droit comparé, elle n'en semble que plus soucieuse d'occuper le terrain moral. Elle rappelle d'emblée que les actes des forces du Reich allemand en cause « étaient des violations graves du droit des conflits armés, constitutives de crimes en droit international »<sup>10</sup>. Sa réponse est elle-même très circonstanciée puisque c'est « en l'état actuel du droit international coutumier », que la Cour en arrive à conclure « qu'un Etat n'est pas privé de l'immunité pour la seule raison qu'il est accusé de violations graves du droit international des droits de l'homme ou du droit international des conflits armés » tout en s'empressant d'ajouter que « la question de savoir si et, le cas échéant dans quelle

<sup>5</sup> SCHEFFER David, *All the Missing Souls, A personal History of the War Crimes Tribunals*, Princeton University Press, 2012. Curieusement, l'auteur se borne à mentionner p. 32 l'interférence d'Antonio Cassese - sur une « suggestion of Roger Arrera (sic) » - dans la nomination du procureur Goldstone...

<sup>6</sup> DECAUX Emmanuel, de FROUVILLE Olivier (dir.), *La Convention pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*, Bruxelles, Bruylant, 2009.

<sup>7</sup> DECAUX Emmanuel (dir.), *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, Paris, Economica, 2011.

<sup>8</sup> KAMTO Maurice (dir.), *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

<sup>9</sup> C.I.J., Arrêt du 30 novembre 2010, *Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, § 66.

<sup>10</sup> C.I.J., Arrêt du 3 février 2012, *Affaire des immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce, intervenant)*, § 81.

*mesure, l'immunité peut s'appliquer dans le cadre de procédures pénales engagées contre un représentant de l'Etat n'est pas posée en l'espèce* »<sup>11</sup>.

Mais c'est sur le terrain du *jus cogens* que la Cour cherche surtout à se rattraper, comme elle l'avait fait avec l'*obiter dictum* de l'arrêt sur la *Barcelona Traction*<sup>12</sup>, de manière d'autant plus gratuite que les exemples donnés ne le sont qu'à titre d'hypothèse de travail : « *A supposer, aux fins du présent examen, que les règles du droit des conflits armés qui interdisent de tuer des civils en territoire occupé ou de déporter des civils ou des prisonniers de guerre pour les astreindre au travail forcé soient des normes de jus cogens, ces règles n'entrent pas en conflit avec celles qui régissent l'immunité d'Etat* »<sup>13</sup>. De manière logique, elle distingue les règles procédurales et les questions de licéité, comme elle l'avait fait pour sa propre compétence avec l'arrêt de 2006 dans l'affaire *RDC c. Rwanda*. Mais elle en profite pour revenir au passage sur l'affaire *Yerodia* : « *Dans l'affaire du Mandat d'arrêt, quoique que sans mentionner expressément la notion de jus cogens, elle a jugé que le fait qu'un ministre des affaires étrangères était accusé de crimes contraires à des règles ayant indubitablement valeur de jus cogens, n'interdisait pas à la RDC de demander, comme l'y autorisait le droit coutumier, à ce que l'intéressé bénéficie de l'immunité...* »<sup>14</sup>.

Ayant bien séparé les deux plans, la Cour se donne bonne conscience à peu de frais, en rappelant que « *le fait que l'immunité puisse faire obstacle à l'exercice de la compétence judiciaire dans une affaire donnée est sans incidence sur l'applicabilité des règles matérielles du droit international (...). A cet égard, la Cour souligne que la question de savoir si un Etat peut jouir de l'immunité devant les juridictions d'un autre Etat est entièrement distincte de celle de savoir si la responsabilité internationale de cet Etat est engagée et si une obligation de réparation lui incombe* »<sup>15</sup>. Elle va jusqu'à demander à l'Allemagne de faire un geste, sans parler pour autant d'obligation de négocier...

<sup>16</sup>.

Même si l'arrêt peut sembler décevant, il n'écarte le *jus cogens* par la porte que pour le faire entrer par la fenêtre. La Cour accentue ainsi l'impasse procédurale où elle se trouve en parlant de « crimes contraires à des règles ayant indubitablement valeur de *jus cogens* ». L'adverbe *undoubtedly* apportant une sorte de surqualification à des agissements sans nom, comme s'il y avait une marge de relativité dans une norme absolue. Sans revenir à la logique de l'article 19 de la première lecture de la C.D.I., lorsque Roberto Ago assimilait violations d'une norme de *jus cogens* et crimes internationaux, c'est sans doute dans une convergence de la responsabilité internationale et de la responsabilité pénale que la contradiction actuelle peut être dépassée. Faute de quoi, on en resterait à la formule de Goethe, prise dans son sens originel : « mieux vaut une injustice qu'un désordre ».

**Emmanuel DECAUX**

<sup>11</sup> *Idem*, § 91.

<sup>12</sup> C.I.J., Arrêt du 5 février 1970, *Affaire de la Barcelona Traction*, Rec. 1970, p. 32, § 34.

<sup>13</sup> *Idem*, § 93.

<sup>14</sup> *Ibid.*, § 95.

<sup>15</sup> *Id.*, § 100.

<sup>16</sup> *Id.*, § 104.