

OBSERVATIONS prononcées à la suite de la communication de Serge Sur (séance du lundi 10 décembre 2012)

Bruno Cotte: Vous avez dit que la justice pénale internationale était plus spectaculaire qu'efficace. Par ces mots, vous m'incitez à parler de l'enclume sur laquelle je tape quotidiennement, avec opiniâtreté et difficulté à la Cour pénale internationale de La Haye. Si votre appréciation n'est pas dénuée de fondement, elle n'en alimente pas moins le scepticisme ambiant, ce qui, à mon sens, est tout à fait fâcheux.

Il convient assurément, avant toute condamnation hâtive, d'essayer de comprendre pourquoi cette justice internationale est lente, coûteuse et relativement peu efficace : les procédures sont obligatoirement longues. Rien n'est en effet plus compliqué que d'aller enquêter, comme c'est actuellement le cas, au fin fond de la République démocratique du Congo. Il est très difficile de trouver des témoins, témoins qui vivent dans une zone où l'insécurité règne depuis près de dix-sept ans et qui prennent des risques en témoignant. Ensuite, il faut du temps pour arriver à déterminer si les témoignages rapportés sont fiables. Par ailleurs, les procédures sont ralenties et rendues plus complexes par le mélange de *Common Law* et de *Civil Law*, la procédure de *Common Law*, si elle garantit à juste titre les droits des personnes déférées, générant en effet inéluctablement des lenteurs procédurales.

Permettez-moi d'émettre deux souhaits.

Le premier est que l'on aille assister aux audiences des juridictions pénales internationales, car trop souvent on en parle sans bien savoir comment elles se déroulent.

Mon second souhait est que La France prenne garde à ne pas s'éloigner de ces instances pénales internationales, en particulier de la Cour pénale internationale, et qu'elle y conserve toute sa place. Or je ne suis pas certain que tel soit le cas. Il lui faut bien sûr veiller à être très présente sur le plan budgétaire. Il ne faut pas qu'elle oublie qu'après mon prochain départ il n'y aura plus, provisoirement j'espère, de juge français à la Cour tout comme il n'y aura plus de juge d'Afrique francophone. Il faut avoir conscience que la langue française est largement supplantée par l'anglais alors que plusieurs des justiciables attirés devant la Cour parlent français. Enfin la doctrine doit, elle aussi, être présente, analyser et commenter les décisions rendues et ne pas laisser ce soin aux seuls universitaires anglo-saxons.

Réponse : Quand on parle de justice pénale internationale, une distinction doit être faite, à mon sens, entre deux types de juridictions. D'un côté, les tribunaux spéciaux créés par le Conseil de sécurité, qui disposent de la force publique et d'une compétence obligatoire, universelle et rétroactive, qui en outre sont adaptés à une situation particulière. De l'autre, la Cour pénale internationale, qui repose sur le libre engagement des Etats, n'est pas universelle, dépend de la bonne volonté des États et ne dispose pas d'une force publique, ce qui limite considérablement son efficacité. Dans ces conditions, je persiste à penser, même si je le regrette, que la CPI ne pourra pas fonctionner : elle est une sorte de nouvelle SdN. Les tribunaux spéciaux quant à eux ont fonctionné, même si les dernières décisions du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie peuvent laisser perplexe.

*
* *

Georges-Henri Soutou : Pour l'honneur des Bourbons, permettez que je rappelle que nos derniers rois n'avaient pas accepté le principe du partage de la Pologne.

La conférence de la Paix à Paris et le Traité de Versailles en 1919 ont posé de façon explicite, par l'article 10 du pacte de la Société des Nations, la souveraineté inviolable des États. Implicitement, cela s'accompagnait du modèle que l'on appelle aujourd'hui « démocratique libéral ». Le lien entre l'inviolabilité territoriale et le modèle démocratique libéral a été formulé entre les deux guerres, par exemple, dans un texte d'Edvard Beneš, et il a été à la base des travaux de l'ONU à partir de 1945 et jusqu'à la Déclaration universelle des droits de l'homme.

Ne pensez-vous pas qu'historiquement l'apparition de l'État souverain, tel que vous l'avez décrit, correspond à la généralisation d'un modèle d'État souverain démocratique ?

Réponse : En ce qui concerne le partage de la Pologne, si je me réfère à l'ouvrage d'Albert Sorel, *La Question d'Orient au XVIII^e siècle : le partage de la Pologne, le traité de Kainardji*, il apparaît qu'aussi bien l'Angleterre que la France ont été prudentes et silencieuses sur la question.

Quant à la démocratie, il me semble que l'on doit faire une différence entre la SdN et l'ONU. À l'époque de la SdN était répandue l'idée de paix démocratique. Mais c'est dans un contexte bien différent, celui d'un affrontement idéologique entre systèmes politiques, économiques et sociaux qu'a été élaborée et adoptée la Charte des Nations Unies. La Charte ne parle à aucun moment de démocratie. C'est au demeurant un reproche qui lui est souvent adressé. Elle se contente de parler d'« État pacifique », ce qui n'est pas la même chose. La démocratie ne va en fait ressurgir que dans le cadre européen avec la construction européenne et spécialement avec le Conseil de l'Europe, qui énonce une exigence démocratique.

*
* *

Jacques de Larosière : La mondialisation affecte les conditions d'exercice de la souveraineté. En effet, les problèmes mondiaux, tel celui de l'émission de gaz à effet de serre, ne peuvent, par définition, être traités dans un espace national étatique. Les marchés de capitaux de plus en plus amples, dans la dépendance desquels nombre d'États se sont placés en s'endettant excessivement, constituent un autre exemple de limitations apportées à la souveraineté nationale. J'aimerais connaître votre sentiment sur cet aspect du problème.

Réponse : J'adhère pleinement à vos propos et je me contenterai d'ajouter que seule une régulation internationale pourrait permettre de compenser les contraintes dans l'exercice de la souveraineté que vous évoquez. Il faut du reste ici rappeler la distinction entre État et gouvernement. En effet, ce sont les gouvernements qui souvent renoncent à exercer les compétences qu'ils pourraient utiliser, par exemple en maîtrisant les marchés financiers et partant les dettes

publiques voire privées. Quant à une régulation internationale, on sait que les Etats qui dominent le système la refusent.

*
* *

Emmanuel Le Roy Ladurie : Jean Bodin définissait la souveraineté comme « la puissance absolue et perpétuelle d'une République ». Il y a là une idée d'unité, d'unicité, passablement éloignée des trois fonctions chères à Dumézil ou des trois pouvoirs de Montesquieu. Jean Bodin était converti intérieurement au judaïsme du dieu unique : unité de la souveraineté ... au lieu de la Trinité des Chrétiens.

Réponse : Il ne me semble pas qu'il y ait incompatibilité entre ces différents points de vue, car la souveraineté est une sorte d'enveloppe à partir de laquelle l'État souverain organise les pouvoirs publics en son sein. Le principe de séparation des pouvoirs à l'intérieur de l'État ne s'oppose donc nullement à la souveraineté de celui-ci.

*
* *

Gilbert Guillaume : Vous avez très justement dit qu'en consentant à signer des traités, l'État ne faisait qu'exercer sa souveraineté et qu'il acceptait ainsi librement des restrictions à l'exercice de cette dernière. Vous avez rappelé le *dictum* en ce sens de la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire du Vapeur Wimbledon.

Depuis lors des difficultés sont toutefois apparues à cet égard. En premier lieu, dans les dernières décennies, s'est répandue l'idée selon laquelle il existerait des règles de droit impératives qui s'imposeraient aux États, ce que, dans leur jargon, les internationalistes désignent par les termes de *jus cogens*. La France, opposée à ce concept, a pour ce motif refusé de signer les conventions de Vienne sur le droit des traités, mais force est de reconnaître qu'elle est très seule dans ce refus. Le concept de *jus cogens* a en effet beaucoup prospéré, d'abord sous l'influence de la doctrine, puis, à la suite de la doctrine, sous celle de la jurisprudence. N'est-ce pas là un phénomène inquiétant, propre à miner en profondeur le concept de souveraineté ?

Par ailleurs et comme vous l'avez dit, le droit international est le résultat du consentement des États et il n'est applicable qu'à travers le droit interne de ces mêmes États. Mais les États font parfois penser à Gulliver à Lilliput. La France est aujourd'hui liée par près de dix mille traités, ce qui à l'évidence limite en fait sa souveraineté. Or les États ont beaucoup de mal à échapper à cette limitation, car, à l'exception des États-Unis, ils ne dénoncent que rarement les traités auxquels ils sont parties.

Quel est votre sentiment sur ces deux points ?

Réponse : Le *jus cogens* m'apparaît comme une notion non seulement inutile, mais également incertaine puisque personne n'est en mesure de donner une quelconque liste des normes du *jus cogens*. En outre, il est difficile d'opposer le *jus cogens* à des États qui le récusent. D'après les termes de la Convention de Vienne sur le droit des traités, sont normes de *jus cogens* celles qui sont « acceptées et

reconnues » comme telles « par la communauté internationale des États dans son ensemble».

Si la Cour internationale de justice a pu, en grande partie grâce à vous, résister pendant longtemps à l'assaut doctrinal du *jus cogens*, qui est une composante de l'idéologie juridique, elle a aujourd'hui fini par y succomber, mais à mon sens de façon plus symbolique que réelle. En effet, lorsqu'elle qualifie telle norme de norme de *jus cogens*, elle n'en tire aucune conséquence et prend ses décisions sur d'autres bases.

Beaucoup plus utiles que les normes de *jus cogens* me paraissent être la notion d'obligation *erga omnes* ou encore les obligations que la CIJ a qualifié d'« intransgressibles ». Le droit international a bien davantage besoin d'une théorie des obligations que d'une hiérarchie des normes. Du point de vue des sujets de droit en effet, la question qui les concerne est : qui doit quoi à qui, et comment – c'est à dire quelles sont les obligations qu'il faut assumer ? Ce sont elles qui définissent les relations entre sujets de droit.

Sur le plan interne, le *jus cogens* est loin d'avoir produit tous ses effets dangereux. Les juridictions françaises sont de plus en plus souvent saisies de cette question, les avocats n'hésitant pas à invoquer la coutume internationale et en son sein telle ou telle norme de *jus cogens*, afin d'impressionner les juges qui pourraient se sentir contraints par ces références à des normes internationales. Ils peuvent là encore s'appuyer sur le chœur de la doctrine saisie par l'idéologie juridique.

En ce qui concerne la multitude de traités liant la France, il convient de rappeler que seuls sont véritablement significatifs sur le plan du droit interne ceux qui créent des effets directs pour les particuliers. C'est là un filtre qui limite efficacement, hors droit européen, l'impact des traités sur l'ordre juridique interne. Et les critères de l'applicabilité directe sont fixés par les juridictions internes. Il est vrai que la tendance récente du Conseil d'Etat est de les assouplir, peut-être à l'excès.

*
* *

Mireille Delmas-Marty : Vous semblez rattacher les droits intangibles à l'idéologie des droits de l'homme et non au droit positif. Mais ce dernier ne comporte-t-il pas la notion de droit indérogeable ?

Le crime d'agression est maintenant défini, depuis la conférence de révision de Kampala, mais il est reporté à 2017 au plus tôt en ce qui concerne les États. Serait-il concevable d'utiliser l'incrimination contre une organisation criminelle puisque, comme on l'a vu, les attentats du 11 septembre 2001 ont été qualifiés d'agression sous l'angle de la légitime défense par le Conseil de sécurité ?

Vous écarterez les termes de partage ou de transfert de souveraineté. Accepteriez-vous ce que j'appelle la « souveraineté solidaire » ? J'entends par là une extension de la souveraineté, au-delà des intérêts purement nationaux, à la défense des intérêts communs de l'humanité.

Réponse : Assurément, les normes indérogeables ou plutôt les obligations intransgressibles, consacrées par la Cour internationale de justice, notamment dans son avis consultatif du 8 juillet 1996, constituent une référence. Mais le terme même d'obligation intransgressible est sujet à caution dans la mesure où le caractère des normes juridiques est qu'elles peuvent précisément être transgressées. Si ce n'était pas le cas, elles seraient des lois scientifiques. La conséquence est que, dans

l'hypothèse où l'on aura méconnu une obligation « intransgressible », on encourra une responsabilité plus lourde, éventuellement d'ordre pénal. Je vous rejoins donc sur l'idée que cela relève du droit positif et nullement du *jus cogens*, mais dans certains cas précis seulement.

Pour ce qui est de la notion d'agression, rien n'empêche qu'il y ait une responsabilité pénale d'un groupe, de fait ou de droit. Mais, dans l'état actuel du droit international, il n'existe pas de responsabilité pénale des groupes, il n'en existe que pour les individus.

L'agression n'étant pas définie en droit international général et la qualification de l'acte d'agression relevant du seul Conseil de sécurité, il me semble que les bases juridiques pour une incrimination par une juridiction internationale pénale, sans qualification par le Conseil de sécurité, seraient extrêmement fragiles.

J'adhère pleinement à votre notion de souveraineté solidaire, d'autant qu'elle a déjà souvent été mise en œuvre efficacement. L'ONU, l'adhésion à la Charte des Nations Unies, le concours aux buts communs de l'organisation, tout cela relève de la souveraineté solidaire. De même au sein de l'OTAN, le principe de légitime défense collective n'est rien d'autre qu'une solidarisation des souverainetés. Sans doute faudrait-il que la notion de souveraineté solidaire soit étendue à des domaines autres que ceux de la guerre et de la sécurité : environnement, migrations, marché financiers, etc. Mais cela ne peut se réaliser en pratique que s'il existe un leadership, celui d'un État ou d'un groupe d'États – comme ce fut le cas pour la construction européenne avec la France et l'Allemagne – qui définisse un projet commun où chacun trouve sa place, une place qui ne soit pas de sujétion.

*
* *

Christian Poncelet : Considérez-vous que la puissance médiatique affaiblisse dans certains cas la libre expression de la souveraineté ?

Réponse : Sans aucun doute. Souvenons-nous des propos de Boutros Boutros-Ghali, secrétaire général de l'ONU, déclarant que CNN était le sixième membre permanent du Conseil de sécurité. Un peu avant lui, on parlait du NOMIC (Nouvel Ordre Mondial de l'Information et de la Communication), promu par un certain nombre d'États, pays du tiers-monde et pays socialistes, qui voulaient rééquilibrer les flux d'information, provenant à leurs yeux uniquement du monde occidental et exerçant une hégémonie culturelle pernicieuse. L'UNESCO, on le sait, a échoué dans l'entreprise d'élaboration du NOMIC puisque ce projet a poussé les États-Unis et le Royaume-Uni à se retirer provisoirement de l'organisation et par là même à mettre fin à leur participation financière au budget.

*
* *

Jean-David Levitte : L'expérience vécue des négociations multilatérales, notamment sur le climat, me rend quelque peu réservé sur les possibilités de souveraineté solidaire évoquées par Mireille Delmas-Marty. Il n'y a pas de leadership car les Américains sont dans le camp de ceux qui freinent, et non de ceux qui poussent. En outre, dans les négociations sur la réduction d'émission de gaz à effet de

serre, la souveraineté sert aux États rétifs de bouclier protecteur pour refuser toute ingérence dans leurs affaires intérieures et donc toute concession susceptible de limiter leur croissance économique. L'Inde, La Chine, le Brésil, acteurs désormais majeurs sur la scène internationale, ne réagissent pas autrement.

Par ailleurs, on peut se demander si la Chine n'a pas tendance à invoquer la souveraineté quand elle veut se soustraire à des contraintes extérieures communes et, en même temps, à se poser vis-à-vis des pays voisins en puissance éternelle exerçant une suzeraineté qu'elle estime être de droit.

Réponse : Vous avez parfaitement raison de souligner l'ambiguïté qui consiste à défendre la souveraineté sur le plan universel, mais à la mettre à mal localement. Remarquons en passant que la Chine n'est pas la seule à agir ainsi, mais que les États-Unis font la même chose en Amérique latine.

*
* *