

Études

De l'action humanitaire à l'action judiciaire Le droit au droit international

Olivier RUSSBACH*

I.- Le dommage humanitaire

A.- Complicité des crimes de guerre

B.- Responsabilité civile

II.- Intérêt général

A.- «Actes de gouvernement»

III.- Couloirs judiciaires

IV.- Abus de droit, ultime injustice

Il y a deux façons de méconnaître le droit international. La première consiste à le *violier* directement, agressivement, physiquement. C'est ce que font les criminels de guerre, au Cambodge, en Iran et en Irak, en ex-Yougoslavie; ce que font les autorités iraniennes lorsqu'elles prennent en otage ou laissent prendre en otage des diplomates américains à Téhéran ou lorsqu'elles délivrent, sous forme de fatwa, des permis de tuer ou des ordres de guerre sainte; ce que font Assad, Kadhafi ou tout autre meneur de terroristes, ou bien en dirigeant eux-mêmes des actes terroristes, ou bien en protégeant les personnes qui en seraient soupçonnées...

La seconde consiste à ignorer ou contourner le droit international. C'est ce que font «les autorités» (au sens large) lorsque, au lieu de se servir du droit et des structures juridiques existantes pour poursuivre et punir les premières violations du droit international, elles recourent à d'autres moyens, notamment les moyens politiques, les rapports de force, les compromis, les représailles. Voire, plus simplement, à la procrastination, cet art de remettre au lendemain - et si possible à d'autres - ce qu'on pourrait faire tout de suite soi-même...

Il arrive un moment où cette méconnaissance-là du droit international est plus grave que la première. Car elle ne permet plus d'appréhender la première. Elle est moins franche. Elle entretient l'insécurité juridique. Elle pervertit toute forme de droit. Elle suscite la méfiance et l'incrédulité pouvant, à terme, créer un sentiment d'inexistence de la loi.

Exemples. Les crimes de l'Iran et de l'Irak durant la guerre qui opposa les deux pays de 1980 à 1988 étaient graves et notoires: leur défaut de traitement judiciaire par les autorités internationales qui pourtant les dénonçaient n'en était que plus grave. Le génocide cambodgien perpétré par les Khmers rouges était grave et notoire: l'amnistie en quelque sorte accordée à Pol Pot et ses amis n'en était que plus grave aussi. L'implication d'États ou de chefs d'États dans des attentats terroristes est grave: le détournement, par

le Conseil de sécurité, des voies judiciaires qui pouvaient permettre de condamner l'État libyen présumé auteur des attentats contre la Pan Am ou UTA, ou de lui imposer de juger les responsables soupçonnés de ces attentats, n'en devenait, là encore, que plus grave. On peut prolonger sans fin la liste.

Pour mesurer la gravité de la violation secondaire du droit celle qui consiste à ne pas traiter juridiquement et judiciairement la première - il faut nous souvenir que le droit n'a pas pour objet de supprimer les conflits. Ainsi, le droit pénal n'a pas pour objet de supprimer la criminalité. Il a pour objet de la punir. Il va sans dire que la formulation est simplifiée: il ne faut écarter ni la fonction dissuasive du droit pénal, ni la recherche permanente, indispensable, des causes de la criminalité et des alternatives à la punition carcérale. Mais la fonction dissuasive elle-même, et la recherche sociale, philosophique, juridique en matière criminelle ne peuvent s'entendre et se développer qu'au sein d'un système appliquant le droit. Il convient ainsi de distinguer entre la violation du droit qui consiste à l'enfreindre, et la violation du droit qui consiste à traiter cette infraction en dehors de la règle de droit. Il faut admettre aussi que l'opportunité de recourir à la règle de droit n'est pas toujours acquise et qu'il est parfois préférable de trouver à l'extérieur du système juridique, et notamment à l'extérieur du système répressif, la solution d'un conflit, y aurait-il même crime. C'est lorsque la solution à la violation du droit est *systématiquement* recherchée en dehors du droit que la pratique - devenant procédé - porte une atteinte définitive au droit et à son application future.

Car si la violation d'une règle de droit peut *confirmer* la règle, son défaut de traitement judiciaire peut en revanche la nier. La violation d'une règle, en effet, n'infirme pas cette règle: la perpétration d'un viol ne rend pas caduque la disposition pénale le punissant. Au contraire, on peut même dire que la violation d'une règle de droit *confirme* cette règle

* Avocat au barreau de Genève. Directeur du Centre de recherches Droit international 90. Université européenne de la recherche, Paris.

dans la mesure où elle entraînera l'affirmation de la règle dans le traitement qui sera réservé à sa violation. D'où l'importance du traitement et les effets que le non-traitement peut avoir sur la règle elle-même. À force de ne pas traiter les violations du droit comme telles, on risque de faire perdre à celles-ci leur caractéristique d'infraction. Dans un premier temps, elles ne la perdront pas aux yeux du droit, mais elles la perdront aux yeux des auteurs de l'infraction, de ses victimes, et de l'opinion publique. Plus tard, elles perdront la caractéristique d'infraction dans le droit lui-même, dont certaines règles peuvent très bien, sans entreprise législative, devenir caduques ou tomber en désuétude.

En matière de relations internationales, le traitement réservé par les États aux violations du droit international aboutit bel et bien au *sentiment* qu'il n'y a pas de droit - un sentiment partagé par les auteurs d'infractions graves, leurs victimes, l'opinion et les médias. Même lorsque les gouvernements parlent de droit, tout le monde sent bien qu'il s'agit d'autre chose, notamment de rapports de force, de menaces malgré les discours juridique qui les accompagne souvent, les éventuelles tentatives de mettre en place un «nouvel ordre mondial» restent sous l'emprise de la *realpolitik* dont aucune «real juridique» n'atténue pour l'instant la suprématie ou les effets. Un petit groupe d'États décide seul - sans aucune forme de contrôle, ni démocratique ni judiciaire - des situations susceptibles d'être qualifiées de violations du droit, d'une part; du traitement qu'il convient d'appliquer à ces violations, d'autre part. Cette situation crée une insécurité incompatible avec toute forme de droit, tant il est vrai que le droit a notamment pour objectif, par la fixation de règles, de créer la sécurité juridique à laquelle toute personne a droit, corollaire de son devoir de ne pas ignorer la loi. «Lorsque le droit n'est jamais appliqué, son application soudaine apparaît comme un acte arbitraire», écrivait le professeur Jean Salmon en écho au discours très juridique tenu à l'époque de la guerre du Golfe.

Le droit international est ainsi touché dans son être même, ce qui constitue sans doute une atteinte plus grave que la violation pure et simple des règles qu'il pose. Le public en effet - ou les usagers du droit, les consommateurs du discours juridique international -, est toujours conduit à penser que ce droit est incomplet; qu'il ne contient pas les dispositions permettant d'appréhender les situations illicites, et que la «communauté internationale» doit, à chaque coup dur, tout inventer. Et puisque le Conseil de sécurité, à l'instar des promoteurs du droit d'ingérence qui en font partie, a lui aussi fait le choix d'une médiatisation à outrance, la «communauté internationale» n'invente pas dans le calme. Le «nouveau droit» est désormais promulgué au gré des événements, dans des conférences de presse qui, régulièrement, annoncent une décision «historique». Le mot est de plus en plus utilisé, dans le langage diplomatique et médiatique, pour éviter de parler de l'Histoire, et du droit *existant*, qu'elle a fait évoluer au fil du temps.

Ceci pose le problème de la connaissance du droit, donc de sa diffusion. Aucun droit ne peut vivre, aucun droit ne peut protéger efficacement ses bénéficiaires s'il est inconnu d'eux. Or, cette méconnaissance est précisément ce à quoi luttent, d'une part, le traitement des infractions au droit international par les autorités chargées de le faire appliquer en traitement exclusivement politique ou «humanitaire» au sens étroit de *Menschlichkeit* - et non de *Menschheit*; d'autre part, le discours que ces mêmes autorités tiennent sur

l'inefficacité du droit qu'elles refusent d'appliquer et les «progrès» qu'elles prétendent donc lui apporter.

«Nul n'est censé ignorer la loi», dit-on - tâche au demeurant difficile, tant les lois sont nombreuses et mouvantes. Le précepte vaut pour le droit international, ne serait-ce que parce que la ratification d'un traité sera publiée sous forme de loi au *Journal officiel*. Mais, en plus, pour ce qui est en tout cas du droit international humanitaire, l'obligation d'en diffuser les règles est expressément fixée par les Conventions de Genève. On peut donc conclure que, dès lors qu'il cache les obligations et moyens d'actions existants dans le droit international humanitaire en vigueur, le discours insistant sur le besoin et la fabrication de nouveau droit ignore l'obligation de diffusion du droit existant, notamment des Conventions de Genève. Ainsi, non content de constituer un alibi à la non-application de ces textes, il serait en plus une entrave à leur connaissance: il y aurait donc, sous un habillage faisant de toutes parts état de droit, une double violation du droit.

Mon propos n'est pas de nier l'utilité de l'évolution et, au besoin, de la transformation radicale du droit. Au contraire. Mais ce n'est qu'en partant du droit existant que le besoin d'évolution ou de transformation pourra se faire ressentir, et que le droit pourra ensuite se développer. Or, telle n'est pas la méthode suivie par les États et les nouveaux humanitaires, qui partent systématiquement de la prétendue inexistence ou de l'imperfection non avérée - jamais vérifiée, car jamais tentée - du droit en vigueur. A part la question de l'ingérence et des corridors dont nous avons beaucoup parlé, la question de la poursuite et du jugement des criminels de guerre, notamment en ex-Yugoslavie, est sans doute l'une des plus exemplaires de la méthode consistant à créer un droit très politique et très abstrait - un droit ad hoc - pour «remplacer» ou pallier les prétendues «défaillances» d'un droit très juridique et très concret. Ceci non parce que ce droit aurait démontré son imperfection, mais parce que, au contraire, il risquerait de se révéler trop performant, trop contraignant.

Chacun de nous est bien capable de mesurer, au plan interne, la nécessité d'une certaine sécurité juridique, et les efforts tendant à assurer une telle sécurité lorsqu'elle a besoin de l'être confirmant cette nécessité plus qu'elle ne confirmerait un dysfonctionnement général de la justice. Critiquant les changements fréquents imposés aux lois sur l'audiovisuel en France, Edouard Balladur écrivait en 1992 dans son *Dictionnaire de la réforme* que «l'instabilité de la règle est le contraire de l'état de droit, et donc de la démocratie». La conduite des affaires du monde, et l'instabilité de la règle de droit international qu'elle consacre, échapperaient-elles à cette contrariété du seul fait d'appartenir à la sphère internationale, justement; une sphère qui serait par définition indépendante de tout état de droit et de toute démocratie ?

La réponse est *non*. Et ce n'est pas sur le terrain de la *realpolitik* qu'il faut nous placer pour nous en convaincre, mais sur le terrain du dommage que crée aux bénéficiaires du droit international sa dénaturation par les autorités *a priori* chargées de le faire respecter.

Le préambule de la Charte de l'ONU indique que les États ont adopté ce texte et mis en place l'organisation internationale aux fins, entre autres, de «créer les conditions nécessaires au maintien de la justice et du respect des traités et autres sources du droit international». Une disposition similaire se trouvait dans le Pacte de la Société des Nations. Ainsi, à l'issue des deux guerres mondiales, et chaque fois

dans le but exprès de «garantir la paix» ou de «préservé les générations futures du fléau de la guerre», le respect du droit était affirmé en même temps que les conditions nécessaires à ce respect. Les deux textes soulignent clairement l'importance d'un climat, d'un contexte, qui doivent permettre l'application du droit: il ne suffit pas de fabriquer du droit, d'entasser une multitude de traités, il faut «faire régner la justice», dit le Pacte de la SDN, «créer les conditions nécessaires» au respect des textes, dit la Charte de l'ONU. Il ne s'agit donc pas de clauses de style. Il y a là une obligation de résultat. Cette obligation de résultat ne se limite pas à l'adoption de la Charte de l'ONU. Elle se prolonge dans l'utilisation de cette Charte et des organes qu'elle institue.

Or, que ce soit au nom d'une éventuelle *realpolitik* au nom de la raison d'État ou, plus récemment et plus sournoisement, au nom du caractère «strictement humanitaire» donné à certaines situations pour mieux en dissimuler les aspects juridiques, on peut observer la dénaturation du droit international par le biais de la confiscation, par quelques États, de l'organisation instituée pour développer, appliquer ce droit et au besoin en sanctionner les violations.

Si cette situation est, en fin de compte, plus grave que la violation première du droit, elle est aussi plus «appréhensible», plus accessible. Le «simple» citoyen peut, à la réflexion, se trouver moins dépourvu face au traitement des violations du droit international qu'il ne l'est face aux violations elles-mêmes. Il n'a généralement aucune prise sur le crime lui-même. Il en a, en revanche, sur ceux qui le soutiennent, qui en sont complices, ou qui refusent d'utiliser leurs pouvoirs pour y remédier d'abord, le faire condamner ensuite.

Les citoyens ou associations de citoyens peuvent organiser des manifestations contre les crimes de guerre commis dans tel ou tel État; ils peuvent accumuler les rapports sur les violations du droit international qui les touchent moralement ou qu'ils cotoient quotidiennement dans leurs activités. Ils peuvent demander la constitution d'un tribunal, instituer eux-mêmes des tribunaux de sages, demander la libération de Salman Rushdie, signer des pétitions, publier des appels dans la presse. Ce qu'ils cherchent ainsi à créer est un mouvement d'opinion, un climat susceptible de modifier l'attitude de leurs gouvernements vis-à-vis de la situation illicite qu'ils dénoncent.

Il n'est pas exclu qu'ainsi les organisations humanitaires et d'autres associations militantes reproduisent, dans leur engagement et leurs demandes, le *tout-politique* dont on croit généralement qu'il est la seule solution. Lorsqu'on parle d'«alibi humanitaire», on entend que l'action humanitaire cache une inaction politique. Elle cache aussi une inaction juridique.

I.- Le dommage humanitaire

Il serait vain de simplement opposer un *tout-juridique* au tout politique, mais sur la base de l'abondante information qu'ils reçoivent sur les violations du droit international, les citoyens et notamment les associations de défense des droits de l'homme ou les organisations humanitaires, peuvent aussi agir au plan juridique. Il faut sans doute, pour cela, quitter parfois le terrain des appels, des listes de signatures, des campagnes publicitaires; et ajouter la mise en demeure à la dénonciation politique. Car les obligations contractées par les États donnent des droits, ou'il s'agisse de

l'obligation de poursuivre et de sanctionner les crimes de guerre telle qu'elle est fixée par les Conventions de Genève, ou de l'obligation de créer les conditions nécessaires à l'application de la justice internationale, telle qu'elle est notamment contenue dans le préambule de la Charte de l'ONU et dans d'autres de ses dispositions. Ces obligations doivent déboucher sur la revendication de droits: quels sont les créanciers des obligations dont les États sont débiteurs? D'abord, sans doute, les personnes protégées, c'est-à-dire les victimes potentielles des exactions au droit international. Mais peut-être, aussi, les personnes qui, sans être physiquement victimes des crimes constatés, sont les témoins de l'inapplication des mesures judiciaires prévues. En ce sens, il est vrai, c'est tout le monde qui finit pas être victime du déni de justice et l'on peut sans doute démontrer que l'absence de droit, en matière de crimes de guerre ou, plus largement, dans tous les domaines où, comme en matière de terrorisme, les États favorisent la violence et les représailles au droit, est beaucoup plus dommageable aux individus qu'aux États. Il serait donc utile que les organisations humanitaires se démarquent de l'inertie politique et du manque d'imagination juridique; qu'elles revendiquent le droit au droit. Elles peuvent, pour cela, revendiquer leur droit au droit, ou se faire, expressément ou implicitement, les mandataires des victimes. Mais pas seulement pour dénoncer politiquement; aussi, au besoin, pour agir judiciairement.

Au fil de plusieurs procès menés notamment en Suisse, en Belgique, en Espagne et en France, l'association européenne Droit contre raison d'État a sans doute réussi à démontrer l'utilité d'une démarche judiciaire pour la compréhension des divers rouages du droit international.

Entre janvier et septembre 1988 - peu avant la fin de la guerre Iran-Irak, quelques mois avant et quelques jours après les nouveaux bombardements chimiques des forces aériennes irakiennes sur Halabja - Droit contre raison d'État assigna, par exemple, quatre sociétés françaises d'armement en justice: Luchaire, Aérospatiale, Thomson et Dassault, la première pour complicité de crimes de guerre par fourniture de moyens, les deux suivantes sur le fondement de la responsabilité civile, la quatrième sur la base du droit commercial et de la responsabilité des dirigeants. Droit contre raison d'État invoquait dans chaque cas le dommage qu'elle subissait dans son travail de défense et de promotion du droit international, et dans l'idéal qui l'animait; l'idéal d'une association pouvant être reconnu comme susceptible d'atteinte, et donc de protection judiciaire. Le dommage était directement causé, à ses yeux, par la méconnaissance des règles du droit international par ces sociétés.

A.- Complicité de crimes de guerre

Luchaire avait fourni du matériel de guerre à l'Iran. Or, dans le cadre du conflit Iran-Irak, la France n'autorisait les exportations d'armes qu'à l'Irak. Luchaire aurait donc détourné la loi française sur les exportations de matériel de guerre, commis des faux et usage de faux. Ses dirigeants furent poursuivis de ces chefs d'accusation mais bénéficièrent d'un non-lieu. L'affaire n'a ainsi plus à être discutée sur ce point. En revanche, la position soutenue par Droit contre raison d'État, qui s'était constituée partie civile dans la procédure engagée par le Parquet, peut être étudiée.

Alors que la justice française reprochait à Luchaire d'avoir fourni des armes à l'Iran au mépris de la législation française sur le commerce des armes, Droit contre raison d'État pensait qu'il y avait plus grave: en fournissant des armes à un État dont les forces armées commettaient notoirement des crimes de guerre, crimes constatés et condamnés à maintes reprises déjà par le Conseil de sécurité de l'ONU, Luchaire était, aux yeux de Droit contre raison d'État, complice de ces crimes par fourniture de moyens.

La question de fond ne fut pas jugée, car l'association fut déboutée de sa plainte par la chambre d'accusation. Celle-ci considéra que le juge d'instruction n'avait pas été saisi de crimes de guerre mais de ventes d'armes frauduleuses: selon elle, les faits eux-mêmes étaient différents. Le juge ne pouvait dès lors étendre sa saisine à des faits qu'on ne lui avait pas demandé d'instruire. Droit contre raison d'État argumentait, au contraire, que les faits étaient identiques: il s'agissait de la livraison d'armes à l'Iran. C'était les mêmes faits, les mêmes livraisons frauduleuses, qui, vus par le Ministère public, devaient entraîner l'inculpation des dirigeants de Luchaire pour infractions à la législation sur les exportations d'armes et qui, vus par Droit contre raison d'État, pouvaient aussi entraîner l'examen du dossier au regard des violations des Conventions de Genève commises par le destinataire des armes exportées. Du moins, le juge pouvait-il, selon l'association, demander que sa saisine soit étendue s'il ne souhaitait pas l'étendre de lui-même: si, en effet, il constatait au cours de son instruction que Luchaire n'avait pas seulement enfreint la législation nationale française, mais aussi été complice de crimes de guerre, le juge pouvait le signaler au Parquet et demander ce qu'on appelle un «réquisitoire supplétif».

Dans son commentaire de la décision de la Cour d'appel de Paris, le professeur Danièle Mayer fit une supposition: si un juge d'instruction, chargé par le ministère public d'ouvrir une information contre un médecin pour délivrance d'un faux certificat médical, découvrait au cours de son instruction que le destinataire du faux certificat s'en est servi pour escroquer son assurance, que ferait le juge? Pourrait-il qualifier la remise du faux certificat comme une complicité d'escroquerie, avec ou sans «réquisitoire supplétif»? Puis elle souligna «l'ambiguïté» de la décision de la Cour d'appel: «L'opinion publique est en quelque sorte trompée: (puisque les poursuites ont été engagées par l'État) elle s'attend à ce que toute la lumière soit faite sur une affaire dont, en définitive, une partie seulement (et pas toujours la plus importante) sera examinée par la justice (...) Les autorités politiques, largement relayées par les médias ayant annoncé l'ouverture d'une information concernant les ventes d'armes à l'Iran par la société Luchaire, l'opinion s'attendait à ce que ces ventes soient regardées par la justice sous tous leurs aspects condamnables, c'est-à-dire sous toutes les qualifications légales possibles. Or, en réalité, en vertu de cette décision, un seul aspect de ces ventes pourra être examiné par les juges, celui qui concerne leur irrégularité formelle due à l'absence d'autorisation administrative préalable.» Et de conclure: «Ce n'est pas parce qu'une affaire est «brûlante» sur le plan politique ou médiatique qu'elle n'est pas susceptible de soulever des questions de droit techniquement délicates»¹

B.- Responsabilité civile

Pour ce qui est d'Aérospatiale et de Thomson, la question était différente puisqu'il s'agissait de fournitures officielles, autorisées et notoires, de matériels de guerre à l'Irak. Mais Droit contre raison d'État considérait que l'autorisation d'exporter à l'Irak donnée par l'administration française ne modifiait en rien la position des sociétés bénéficiaires d'une telle autorisation vis-à-vis de leur responsabilité civile, et n'affectait dès lors pas le droit des victimes de demander réparation du dommage causé. La faute civile commise par ces sociétés consistait précisément, selon l'association, à avoir continué de livrer - avec ou sans autorisation de l'État, peu importe - des armes à Bagdad après que le Conseil de sécurité de l'ONU et le CICR aient signalé, dénoncé, condamné à plusieurs reprises les violations du droit humanitaire commises dans la guerre Iran-Irak, et en particulier après les premiers bombardements chimiques irakiens, en 1984.

Les tribunaux ne jugèrent pas les questions de fond. Ils écartèrent les demandes de Droit contre raison d'État au motif que l'association n'aurait subi aucun dommage personnel et ne jouissait dès lors d'aucun intérêt à agir. Mais de grands pas ont été faits quand même grâce à la défense des sociétés assignées en justice et aux arguments des juges pour rejeter les actions, d'une part; grâce aux commentaires des professeurs et théoriciens du droit qui se sont penchés, là aussi, sur les décisions rendues, d'autre part.

L'argument principal des sociétés attaquées consistait à soutenir que le droit international ne leur imposait aucune obligation, qu'il s'agissait de règles interétatiques, ne s'appliquant donc qu'aux États. Sans doute Thomson et Aérospatiale pouvaient-elles savoir - n'était-ce pas de notoriété publique? - que leur client l'Irak faisait, comme l'Iran, l'objet de multiples résolutions du Conseil de sécurité dénonçant et condamnant les violations du droit international dans la guerre Iran-Irak. Sans doute ces sociétés pouvaient-elles apprendre, au détour de ces résolutions ou du compte-rendu qui en était régulièrement fait dans la presse, que le Conseil de sécurité voyait dans ce conflit une menace contre la paix et la sécurité internationales, et demandait à la fois aux belligérants de respecter un cessez-le-feu, et aux autres États de la communauté internationale de s'abstenir de tout acte pouvant intensifier le conflit... Peut-être pouvaient-elles lire dans leurs quotidiens, entendre sur leurs radios, voir sur leurs télévisions que leur client gazait ses populations, bombardait les centres de peuplement civils... Pourtant, selon ces sociétés, cela ne devait concerner que les États et aussi longtemps que ces derniers n'avaient pas décidé d'embargo à destination de Bagdad, aussi longtemps qu'ils leur octroyaient les autorisations nécessaires d'exporter, rien dans le droit ne pouvait les empêcher de poursuivre leur commerce.

Droit contre raison d'État ébranlait cette assurance en se fondant sur les règles de la responsabilité civile - c'est à dire sur les règles de droit national, en l'occurrence français, qui déterminent l'attitude que la société dans son ensemble est en droit d'attendre de ses membres (personnes privées ou sociétés commerciales) dans telles ou telles circonstances. Les voies de la responsabilité civile sont sans doute un des moyens encore peu explorés pour soumettre les violations du droit international à un traitement juridique, et non plus exclusivement politique.

¹ Dalloz, 8 février 1990; et *Situation*, no 5/6, printemps 1990.

Notre propos, ici, n'est pas d'examiner les conditions nécessaires à la preuve de la *faute*, du *dommage* et du *lien de causalité* entre les deux, mais d'examiner la question de la *qualité pour agir*. Cette question concerne au premier chef les usagers du droit, et c'est au nom de la qualité pour agir - à vrai dire, au nom de l'absence de qualité pour agir - que les juges ont refusé d'examiner sur le fond les questions de responsabilité qui leur étaient soumises par Droit contre raison d'État dans les procès que nous examinons. Dans l'affaire Thomson, le dommage invoqué par Droit contre raison d'État, né des livraisons de matériels de guerre de Thomson à l'Irak, fut qualifié de *dommage certain* par le juge, mais, selon le même juge, ce dommage affectait la collectivité civile tout entière, et seul l'État, dans ces conditions, pouvait poursuivre Thomson et demander réparation...

Dans l'affaire *Aérospatiale*, la cour d'appel de Paris affirma que «la promotion du droit international public et humanitaire» et «la sensibilisation de l'opinion publique aux problèmes juridiques que posent les souverainetés d'États au regard de ce droit» - objets statutaires de l'association demanderesse - étaient des intérêts généraux pour la défense desquels seul l'État pouvait agir en justice.

Traduction: il est dans l'intérêt général de promouvoir le droit international et de sensibiliser l'opinion publique aux problèmes que posent les souverainetés d'États en la matière, et si quelqu'un devait troubler cet intérêt général, seul l'État pourrait demander réparation. Si donc les livraisons d'armes d'Aérospatiale à l'Irak à l'époque où les violations du droit international par les belligérants iraniens et irakiens étaient dénoncées par l'ONU (et ainsi en partie par la France) devaient être reconnues comme contraires à l'intérêt général que représente la promotion du droit international, alors seul l'État français (qui avait autorisé les exportations d'armes) pourrait poursuivre Aérospatiale...

II.- Intérêt général

«Il n'est pas possible (à Droit contre raison d'État), en l'absence d'une disposition légale l'habilitant expressément, d'agir en justice pour la défense de tels intérêts généraux», précise la cour. «*Ne pouvant, en effet, se prétendre directement et personnellement victime des agissements contraires aux valeurs qu'elle défend, ces agissements, s'ils sont établis, affectant pareillement la collectivité toute entière*» l'association ne peut prétendre à un intérêt personnel au succès de sa demande.

Selon la cour, les problèmes qui peuvent apparaître entre la souveraineté des États et la promotion du droit international sont de l'ordre des intérêts généraux. Ils restent ainsi du seul ressort du ministère public et, selon elle, en l'absence d'une habilitation spéciale donnée à une association, personne d'autre que l'État ne pourrait défendre de tels intérêts généraux.

Si l'on suivait ce raisonnement, les tensions éventuelles entre raisons d'États et promotion du droit international, qualifiées par la cour de l'ordre des intérêts généraux, risqueraient d'échapper à tout contrôle judiciaire.

L'argumentation de la cour d'appel de Paris suscite ainsi une autre observation: s'il devait y avoir conflit entre la promotion du droit international public d'une part, et les souverainetés d'État d'autre part, l'État serait-il le mieux à même d'évaluer lequel de ces deux «intérêts généraux» il conviendrait de défendre? N'est-ce pas au nom de l'intérêt

général», ou en tout cas de l'idée qu'il peut s'en faire à un moment donné, que l'État autorise telle exportation d'armement à tel pays? Pourra-t-il ensuite, au nom d'autres composantes éventuelles de «l'intérêt général», demander réparation à la société bénéficiaire de son autorisation d'exporter pour les dommages qu'aurait causés à la collectivité tout entière l'exécution de cette autorisation?

On risque évidemment, là, de se retrouver dans la situation absurde créée par le cumul de fonctions: l'idée de «collectivité tout entière» risque, comme celle de «communauté internationale», de nous faire perdre de vue les multiples casquettes de l'État, et d'empêcher les victimes de faire prévaloir leurs droits. Et il faut insister sur le pronom possessif: ce n'est pas *le* droit, dont l'application est certainement un intérêt de la collectivité entière, mais *son* droit propre, le droit de la victime, qu'il s'agit de faire prévaloir. Même si, en le faisant, il peut arriver qu'on chevauche la frontière souvent artificielle et difficile à discerner entre intérêt général et intérêt personnel.

Précisons. L'exigence d'un *dommage personnel* pour agir en justice est un garde-fou très utile contre le risque d'une multitude de procès menés par des plaideurs par trop généralistes: il est bon, en effet, que n'importe qui ne puisse pas tenter n'importe quel procès en se prévalant de l'idée qu'il se fait de la justice ou d'un «laxisme» qu'il voudrait dénoncer.

La situation de Droit contre raison d'État est totalement différente, car ce qu'elle entend défendre et promouvoir, c'est le droit *international*. Or, du fait, précisément, qu'il est international et que l'État est *débiteur* des obligations qu'il contient, ce droit échappe au monopole du ministère public et le préjudice provoqué par sa méconnaissance ne peut, par définition, être du seul ressort de l'État.

Et s'il y a toujours un intérêt général à voir le droit international sérieusement promu et défendu, alors cet intérêt général est lui-même international. Or, la règle qui veut que l'intérêt général soit avant tout et, dans certains cas, exclusivement - défendu par l'État ne peut en toute logique s'entendre que de l'intérêt général *national*.

Selon le professeur Geneviève Viney, la solution adoptée par les juges était «aussi dangereuse qu'illogique», car, pour ce qui est des atteintes aux intérêts moraux de la collectivité internationale, «l'État représente seulement la nation et il n'a évidemment aucune qualité pour représenter la collectivité internationale». En outre, ajoute Geneviève Viney, lorsque l'intérêt en cause est, comme c'était le cas dans les procès de Droit contre raison d'État, la défense du droit international, «les États étant assujettis aux règles que pose ce droit, ils sont particulièrement mal placés pour exercer l'action (Judiciaire) car ils n'ont souvent pas directement - en tant qu'États - à se plaindre de sa méconnaissance». Dans l'hypothèse des ventes d'armes telle que l'a posée Droit contre raison d'État, «l'intérêt de la collectivité internationale au respect du droit international est de toute évidence, poursuit-elle, *directement contraire à une certaine conception de l'intérêt national, celle précisément qu'a adoptée le gouvernement français en donnant son accord à ces ventes*».

«Refuser par principe toute autre action que celle de l'État pour prendre la défense en justice de l'intérêt de la collectivité internationale (reviendrait) à dénier au juge français toute possibilité de connaître d'une violation du droit international commise en France, dès lors que cette violation

serait acceptée - ou couverte - par le pouvoir politique en place», conclut-elle sur ce point².

Si l'État était vraiment seul détenteur du droit d'agir en justice pour poursuivre les actes contraires au droit international, il suffirait en effet qu'il décide de ne pas engager de poursuites pour que les violations du droit international, y compris les siennes, ne puissent être établies. Les juges des affaires engagées par Droit contre raison d'État voudraient ainsi consacrer la situation qui prévaut au plan international où les États, n'allant jamais devant le juge, disent seuls le droit et déterminent seuls quels sont les crimes qui devront faire l'objet de poursuites.

A.- «Acte de gouvernement»

Le moyen de défense choisi par Dassault fut plus franc et plus simple encore sur le rôle de l'État. Dassault avait livré à l'Irak les Mirage à partir desquels, selon divers rapports de l'ONU et articles de presse jamais contestés par les dirigeants de la société, l'armée de Saddam Hussein avait gazé les populations kurdes.

Devant le tribunal de commerce de Nanterre, où Droit contre raison d'État l'avait assigné le 15 septembre 1988, puis devant la cour d'appel de Versailles, le fabricant de Mirage invoqua la théorie des «actes de gouvernement». Selon lui, le juge ne pouvait se prononcer car la décision de l'administration française d'autoriser Dassault à livrer des Mirage à l'Irak était un acte de gouvernement non susceptible d'être examiné par la justice. La théorie des actes de gouvernement est une création des juges soucieux de ne pas se prononcer dans des affaires touchant de trop près, selon eux, à la politique étrangère de l'État. Pour Dassault, si le juge émettait la moindre opinion sur ses exportations de Mirage, il jugerait par là même la décision du gouvernement français qui les avait autorisées; et une telle autorisation relevant, à ses yeux, de la politique étrangère de la France, elle devait rester à l'abri de tout contrôle judiciaire. «L'exécution des marchés d'armement, contrôlés et autorisés par l'État, couverts par le secret défense, échappe fondamentalement à l'appréciation, et plus encore à la censure, des tribunaux judiciaires», proposera ainsi Dassault dans ses conclusions écrites devant le tribunal de commerce de Nanterre, qui suivit cette position.

Devant la cour d'appel de Versailles, Droit contre raison d'État plaida que la décision du gouvernement français l'autoriser Dassault à exporter des Mirage ne pouvait être considérée comme un acte de gouvernement; qu'un acte de gouvernement ne pouvait au demeurant être exécuté par une société privée; et qu'il n'était ainsi nullement demandé aux tribunaux de juger une décision gouvernementale, mais bien la décision de la société Dassault - et d'elle seule - d'exécuter ces autorisations d'exporter qu'elle avait sollicitées et reçues.

Le 22 mars 1990, la cour de Versailles jugea cependant que «le contrat passé avec l'Irak par Dassault ne constitue (ait) que l'exécution, par l'intermédiaire de cette société, d'un acte de gouvernement relevant de la politique nationale, qui échappe ainsi, sous l'aspect moral qui est en cause, à la compétence de l'autorité judiciaire».

Sa décision fut annulée par la Cour de cassation le 30 juin 1992, qui confirma que «la conclusion des contrats de vente de matériels de guerre par une entreprise commerciale est étachable, tant de la décision d'autorisation ou d'agrément

auxquels elle est subordonnée, que de la conduite des relations du gouvernement avec des autorités étrangères». Ce sont ainsi deux grands verrous qui ont sauté: les contrats de vente d'armes sont indépendants des autorisations étatiques auxquels ils sont soumis et indépendants de la politique étrangère de l'État. Les sociétés privées sont donc responsables de leur choix de les exécuter, et potentiellement responsables vis-à-vis des personnes qui s'estimeraient victimes d'un dommage causé par leurs livraisons, et qui réussiraient à établir la faute de ces sociétés et le dommage causé par cette faute.

Il faut maintenant prendre un peu de recul pour mesurer ce que ce type de procédures peut apporter au droit international.

III.- Couloirs judiciaires

Ces procédures ont démontré que les gouvernements ne respectaient guère le droit international public et le droit international humanitaire. C'est un fait que les autorités de l'État avaient, en l'espèce, dûment autorisé les sociétés d'armement à exporter du matériel de guerre à destination d'un pays tout aussi dûment désigné par les autorités de l'ONU comme violant le droit international humanitaire. Elles ont démontré ensuite que les juges esquivaient généralement le débat de fond proposé par Droit contre raison d'État ou bien en déclarant l'association irrecevable, ou bien en se déclarant eux-mêmes incompétents.

Or, même s'ils ont trouvé, dans les questions de «recevabilité», la possibilité d'écarter aisément les actions de Droit contre raison d'État, les juges ont néanmoins accepté de se placer sur le terrain de la responsabilité civile, comme l'association le leur demandait. Mise à part la tentative des juges de Nanterre et de Versailles de recourir à la théorie des actes de gouvernement, écartée ensuite sans ambiguïté par la Cour de cassation, ils ont en effet accepté d'examiner la recevabilité des actions qui leur étaient soumises au regard du droit de la responsabilité puisque c'est au nom d'un dommage qu'ils estimaient ne pas être suffisamment personnel à l'association demanderesse qu'ils ont écarté ses prétentions. Et, tout en rejetant pour ce motif l'action de Droit contre raison d'État, un tribunal d'instance de Paris a même estimé que la livraison de matériel de guerre à l'Irak durant la guerre Iran-Irak était «incontestablement contraire à la défense du droit international humanitaire» et constituait de ce fait «un préjudice certain» pour l'association; pas suffisamment personnel, mais certain. Les tribunaux n'ont donc pas jugé que la question était mal posée, ou qu'elle était posée sur de mauvais fondements.

La possibilité de telles actions judiciaires est ainsi clairement confirmée, et les objections qui pouvaient être, à la rigueur, opposées à Droit contre raison d'État, ne seraient pas nécessairement opposables à toute action en responsabilité. Si le juge avait eu, face à lui, des personnes blessées, des associations de victimes de la guerre qui, se prévalant des violations du droit international constatées par les autorités internationales, avaient décidé de demander réparation de leurs dommages aux sociétés d'armement qui avaient fourni le matériel de guerre aux auteurs de ces violations, la qualité pour agir leur aurait peut-être été reconnue. Et c'est ainsi sur des arguments de fond que l'on aurait pu travailler, et le cas échéant contester la validité de leurs griefs. L'intérêt évidemment personnel des victimes se serait alors fondu dans

² C.P., 25.11.1992, II, no 21954.

l'intérêt général, ou vice-versa, et le monopole du ministère public n'aurait pu sérieusement être invoqué.

À voir les *sentiments* qu'elle a suscités - l'agacement, la colère et parfois la mauvaise foi - c'est sans doute la *réflexion juridique* qui paraît *irrecevable*, plus que l'action judiciaire que cette réflexion peut ensuite entraîner. Les questions de droit international sont perçues avant tout, sinon exclusivement, dans une perspective politique. Autant il est acquis dans les meilleurs esprits que l'action politique et l'action humanitaire au sens étroit peuvent et doivent répondre aux questions de grande politique mondiale, autant il paraît impossible qu'il puisse y avoir, dans la sphère des relations internationales, la moindre question d'ordre juridique susceptible d'être appréhendée par de «simples» citoyens, par des associations de «simples» citoyens, devant de «simples» juges. S'il y a des questions juridiques en la matière, elles sont alors *étrangères* comme les affaires étrangères d'où la création d'une théorie du droit international - la loi du moindre droit - qui n'a souvent plus beaucoup à voir avec la théorie du droit.

C'est sans doute un regard froid qu'il convient de porter sur les instruments qui pourraient permettre au débat juridique de se développer. Une froideur qui ne tiédira pas forcément la volonté, l'engagement, et l'humanité de ceux qui s'en serviront. Et le premier souci d'une entreprise juridique de ce type consistera peut-être à en réfuter le caractère caritatif. N'est-ce pas Dassault qui invoque cette charité pour enfermer son adversaire dans des «*objectifs caritatifs*»? C'est-ce pas la cour de Versailles qui lui consent des «*motivations irréprochables*» pour mieux lui signifier qu'elle n'a pour autant (ou d'autant plus?) aucun droit à utiliser la procédure judiciaire, «*abusive*» car «*étrangère à son objet*»? Elle aussi qui, pour mieux esquiver le débat de fond proposé, se dit incompétente pour juger «*l'aspect moral en cause*»?

Selon le professeur Bruno Oppetit, le débat engagé était pourtant bien un débat *juridique*: «*ce n'était pas*», écrit-il en écho à l'argumentation de la cour d'appel de Versailles, «*de contrariété à la morale, mais bien au droit international, qu'il s'agissait*» (souligné par l'auteur)³.

Bruno Oppetit introduit dans sa critique la notion d'ordre public international. Il se demande si, pour pouvoir qualifier les marchés d'armement de licites, il suffit qu'ils respectent les règles nationales relatives aux procédures d'exportation, «*ou si, en outre, la licéité de tels marchés ne suppose pas également leur non-contrariété à l'ordre public international*». «*Si l'on introduit la recherche des finalités des marchés d'armement dans le champ juridique*, poursuit-il, *et si l'on fait entrer leur utilisation dans l'appréciation de leur licéité, on sera porté à considérer que les résolutions des Nations unies font partie intégrante de cette notion d'ordre public réellement international (...) dont la violation est de nature à mettre en cause la validité de ces contrats*».

Voilà ainsi à nouveau remis en question, cette fois-ci au travers de la notion d'ordre public international, les échafaudages relatifs à l'intérêt général, tels qu'ils ont été opposés aux procédures de Droit contre raison d'État. Et on comprend que le professeur Oppetit regrette l'esquive des tribunaux face à une telle question: «*En réalité, dit-il, leur embarras à appréhender le problème des ventes d'armes dans toutes ses composantes juridiques reflète assez bien l'attitude*

contradictoire de l'État en cette matière: celui-ci favorise le fructueux commerce des armes au nom de l'intérêt national, tout en se réclamant simultanément du droit international humanitaire».

Il y a donc bien un cumul de fonctions. Et si Danièle Mayer, comme nous l'avons vu, a rappelé à propos de l'affaire Luchaire, que ce n'est pas parce qu'une affaire est brûlante sur le plan politique ou médiatique qu'elle ne peut soulever des questions de droit délicates, Geneviève Viney a indiqué pour sa part, dans l'analyse déjà citée, qu'au travers de la théorie des actes de gouvernement invoquée par Dassault et retenue par la cour d'appel de Versailles, «*la bénédiction du pouvoir politique apparaît aux magistrats comme une raison suffisante pour se déclarer incompétents, ce qui en dit long sur le rang auquel se placent eux-mêmes certains représentants du pouvoir judiciaire en France lorsqu'ils risquent d'entrer en conflit - même indirectement - avec le pouvoir exécutif*».

Dérobade, démission, esquivé...

IV.- Abus de droit, ultime injustice

Si l'on mène notre analyse jusqu'au bout, si l'on agit en justice dans les États de droit contre ces États, leurs gouvernements ou les divers pouvoirs de décisions, on risque de susciter une vive critique. Ne serait-il pas paradoxal, voire injuste, que les États qui connaissent le droit le plus élaboré se voient ainsi contrôlés judiciairement dans l'action qu'ils mènent au plan international contre des États qui ne connaissent aucun droit? Peut-on raisonnablement reprocher aux grandes démocraties que sont les États-Unis, la France ou la Grande-Bretagne - qui jouent incontestablement un rôle de leaders dans la course au droit international - de méconnaître le droit lorsqu'elles entendent punir le régime libyen de Kadhafi, soupçonné de terrorisme international et d'attentats? Peut-on sérieusement mettre en rapport le crime qui consiste à faire sauter en plein vol des avions civils et à causer ainsi la mort de centaines de personnes, et la non-application du droit à de tels crimes?

Ces questions sont essentielles. Il faut les appréhender complètement. Elles font appel à la théorie du droit, mais aussi à la philosophie politique, au passage de l'état de nature à l'état de droit, à la relation entre la fin et les moyens, à l'exemple enfin que les sociétés qui connaissent un droit plutôt élaboré et performant peuvent donner dans la conduite des affaires internationales.

Pourquoi, ou même comment, appliquer le droit à ceux qui n'en reconnaissent aucun à leurs victimes? A quoi bon parler de droit face à des régimes terroristes? Qu'entendrait Kadhafi par exemple, lorsque c'est son tour de se trouver dans l'oeil du cyclone, à un arrêt de la Cour internationale de justice? L'homme et son régime, dit-on, ne peuvent comprendre que les bombardements de Tripoli et Benghazi, que les sanctions du Conseil de sécurité, que la politique du bras de fer.

Mais appliquer le droit à ceux qui le violent et qui le dénie à leurs victimes - et donc, dans une mesure, faire bénéficier du droit les criminels - est le propre de la justice. C'est aussi la meilleure garantie qu'on ait trouvée jusqu'ici, lorsqu'on répugne à l'assistance des associations de légitime défense et autres milices, pour faire valoir les droits de la victime elle-même.

«Certains criminels ne méritent même pas qu'on leur applique le droit» ?... Les meurtres d'enfants et le terrorisme alimentent régulièrement le débat sur la peine de mort. On peut en partie s'inspirer de ce débat. Dans le combat qu'il a mené pour l'abolition de la peine de mort en France, Robert Badinter proposera qu' «utiliser contre les terroristes la peine de mort qu'ils pratiquent si volontiers, c'est, pour une démocratie, faire sienne les valeurs des terroristes».⁴

C'est donc d'une conception de la justice qu'il s'agit, et la justice ne sera pas forcément inefficace ou «laxiste» si elle applique sa loi, et non leurs lois, à ses agresseurs; et s'il elle s'exprime en dehors du talion. Au contraire, punir par la mort le crime terroriste peut conforter ce crime, poursuit Badinter, et risque même de l' «honorer» en lui donnant la dimension héroïque dans laquelle se place souvent le terroriste, prêt à sacrifier sa vie et à faire de sa personne un martyr. Au plan international, l'action de guerre, la représaille, le bombardement punitif sont de l'ordre du talion, non de la justice. Et nous savons, dans les démocraties qui décident de ces actions, nous savons qu'elles ne correspondent pas à nos lois mais à celles de ceux qui violent le droit. Nous savons que nous entrons ainsi dans un engrenage dont l'inefficacité est totale et qui, à terme, renforce l'insécurité. Car il faudra bien se venger encore des représailles.

À la question des valeurs - celles qu'on entend défendre, celles qu'on refuse d'épouser - et à celle de l'efficacité s'ajoutent la question de l'État de droit et celle de l'exemple. Il est généralement admis que les États de droit, ceux qui connaissent le droit à l'intérieur, jouissent d'une certaine légitimité pour, sinon faire la loi et la police internationales, du moins inspirer la communauté internationale. On assimile même l'état de droit intérieur à une forme de «civilisation».

Lorsque, pour sa part, un État criminel ou terroriste agit tant au plan interne qu'international - il ne prétend pas donner au monde une leçon de droit et de morale. Si, en revanche, les États qui se sentent investis d'une mission ou d'une responsabilité en la matière ceux, par exemple, qui «se reconnaissent pour charge de défendre le droit», pour reprendre l'expression de François Mitterrand - réagissent à l'acte criminel ou terroriste du premier, alors c'est au nom du droit et de la morale, d'une part, au nom d'un mandat qu'ils disent avoir, d'autre part, qu'ils le font. Leur mandat peut déjà être contestable, mais son exécution le réduira à néant et annihilera en même temps toute idée de droit et de morale lorsqu'ils choisiront les armes de l'adversaire et, loin d'instaurer l'état de droit dans les relations internationales, y perpétueront l'état de nature.

C'est en ceci que les grandes démocraties peuvent, en bout de course, faire plus de tort au droit international que les États qui le violent en permanence. En ceci que leur responsabilité est plus importante, et que notre attente et nos exigences peuvent, à leur encontre, être plus grandes.

La dénonciation d'une responsabilité, la responsabilité secondaire, n'entraîne d'ailleurs pas l'annulation de l'autre, la première. Et ce n'est pas parce que je ne peux rien faire contre la première (contre le crime de guerre ou l'acte terroriste) que je ne peux rien faire contre la

seconde (son amnistie lancinante ou son traitement non judiciaire).

Enfin, il faut constater que cette situation ne procède pas d'une impossibilité à appliquer le droit international. Elle procède d'une volonté à ne pas l'appliquer. L'argument qui voudrait ainsi qu'il paraisse injuste de reprocher aux États qui connaissent le droit à l'intérieur - au point il est vrai (mais dans les limites de tous les obstacles que nous avons pu voir) de vous donner le droit de les attaquer - est vidé de toute substance lorsque c'est à dessein qu'ils méconnaissent le droit à l'extérieur.

⁴ Discours de M. Robert BADINTER, alors ministre français de la justice, devant le Sénat, le 28 septembre 1981, *Journal officiel de la République française*, 19 septembre 1981.