

**EDDA KRISTJÁNSDÓTTIR, ANDRÉ NOLLKAEMPER ET
CEDRIC RYNGAERT, DIR, *INTERNATIONAL LAW IN
DOMESTIC COURTS : RULE OF LAW REFORM IN POST-
CONFLICT STATES*, SERIES ON TRANSITIONAL JUSTICE,
CAMBRIDGE, INTERSENTIA, 2012**

*Marie Noël Collin**

Dans le contexte international actuel, notamment avec les événements en Syrie, l'établissement d'une société basée sur le droit prend toute son importance. Décidément ancré dans l'actualité, l'ouvrage *International Law in Domestic Courts : Rule of Law Reform in Post-Conflict States* a été publié avec comme toile de fond les événements du Printemps arabe durant lequel plusieurs États de l'Afrique du Nord et du Moyen-Orient ont entrepris une transition vers un état de droit. De nouvelles constitutions sont en rédaction, ont été ou sont en voie d'être adoptées, notamment en Égypte, en Tunisie, en Syrie et en Libye. L'intégration des concepts de démocratie, d'équité procédurale et de primauté du droit dans la constitution ou autrement sera essentielle afin de réussir cette transition et le droit international peut la faciliter. Or, ce processus est parsemé d'embûches et mène à des résultats parfois mitigés, comme l'illustre cet ouvrage. Ce dernier vise à analyser, à travers différents cas pratiques, les tentatives d'établir la primauté du droit par la réception ou l'importation du droit international afin de combler les vides juridiques dans le droit interne des États en situation post-conflit.

Ce livre s'adresse à un public avisé issu des milieux académique et pratique. Les directeurs, Edda Kristjánsdóttir, André Nollkaemper et Cedric Ryngaert ont fait appel à quinze juristes afin d'en rédiger les chapitres. Edda Kristjánsdóttir est candidate au doctorat à l'Université d'Amsterdam et s'intéresse au droit international pénal, plus particulièrement aux réparations pour les victimes. André Nollkaemper est professeur de droit international public à la faculté de droit de l'Université d'Amsterdam et ses recherches couvrent la responsabilité internationale des États, le droit international de l'environnement, le droit de la mer, le droit pénal international et la primauté du droit. Cedric Ryngaert est assistant professeur de droit international à l'Université catholique de Louvain et professeur associé à l'Université d'Utrecht. Ses champs de recherche sont le droit international et les acteurs non-étatiques ainsi que le droit international pénal.

L'approche holistique employée permet d'analyser en profondeur les cas choisis. À travers leurs recherches, les auteurs ont déterminé le « moment constitutionnel » ayant permis la réception ou l'importation du droit international à l'interne. Le « moment constitutionnel » peut être composé d'une série d'événements qui se produisent sur une période donnée ou encore d'un événement unique. Les auteurs décrivent le processus de mise en œuvre du droit international par les

* Candidate au doctorat en droit à l'Université Laval.

juridictions nationales et les législateurs. Pour ce faire, ils analysent la législation nationale et examinent la jurisprudence post-conflit, que ce soit celle des tribunaux domestiques, celle de tribunaux nationaux hybrides ou celle de tribunaux pénaux internationaux.

La thèse centrale est que le droit international joue un rôle de plus en plus important dans les situations post-conflit. De ce fait, son influence sur les juridictions nationales dans leur processus décisionnel serait grandissante. Le postulat de base des directeurs est que la réception ou l'importation du droit international aide au (ré)-établissement de la primauté du droit en droit interne et permet de stabiliser l'ordre public, protéger les droits fondamentaux et combler les vides juridiques du droit interne.

Le livre est divisé en treize chapitres en plus d'une introduction et d'une conclusion rédigées par les directeurs. Chacun des chapitres décrit le (ré)-établissement de la primauté du droit dans un État donné en situation post-conflit à l'exception du premier, rédigé par le professeur de droit à l'Université de Montréal Stéphane Beaulac, qui s'attarde à la définition de la primauté du droit. Après une analyse des définitions large et étroite de la primauté du droit, Beaulac adopte une approche flexible dite « à la carte¹ » avec « recommandations du chef² ». Ces recommandations, non-négociables, posent les balises de la définition : la société doit être gouvernée par le droit, la société doit être une démocratie et les principes d'équité procédurale doivent être respectés. L'approche « à la carte » est associée aux droits fondamentaux, au type de justice recherché (réparatrice, punitive, distributive) et au bien-être social (principe d'égalité réelle, préservation de la communauté). Beaulac affirme que bien que certains droits, par exemple le droit à l'égalité, soient essentiels, le type de justice recherché et la question de l'égalité réelle ou formelle seront décidés « à la carte ».

Suite à ce chapitre suivent dans l'ordre les analyses sur la Russie, l'Afrique du Sud, le Népal, l'Irak, l'Afghanistan, le Rwanda, trois chapitres sur la Bosnie-Herzégovine, la Serbie, les territoires libérés et le Timor Oriental.

En conclusion, les directeurs utilisent plusieurs critères afin d'effectuer des comparaisons entre les États, l'un d'eux est la forme qu'a prise l'émancipation juridique, c'est-à-dire la façon dont le droit international a été utilisé par l'État pour (ré)-établir la primauté du droit à l'interne. Cette classification nous apparaît la plus efficace à utiliser pour la présente recension puisqu'elle permet d'englober presque tous les chapitres. Les catégories ne sont toutefois pas étanches et certains États pourraient se retrouver dans plus d'une catégorie.

La première forme par laquelle la réception ou l'importation du droit international aide au (ré)-établissement de la primauté du droit en droit interne est

¹ Edda Kristjánsdóttir, André Nollkaemper et Cedric Ryngaert, dir, *International Law in Domestic Courts : Rule of Law Reform in Post-Conflict States*, Series on Transitional Justice, Cambridge, Intersentia, 2012 à la p 31.

² *Ibid.*

l'adoption d'une nouvelle constitution permettant aux tribunaux de juridiction nationale d'appliquer le droit international. C'est le cas en Russie lors de la chute de l'URSS. Sergei Yu Marochkin, professeur et membre du Comité exécutif de l'Association russe de droit international, analyse et compare la mise en œuvre et l'application des règles de droit international par les tribunaux de Russie avant et après la chute de l'URSS. Il conclut que l'appareil judiciaire joue un rôle important dans le développement de l'utilisation et de la mise en œuvre des normes de droit international, notamment dans l'élaboration de la constitution. Toutefois, en réalité, le droit international est appliqué de façon inégale par les tribunaux.

La constitution d'Afrique du Sud, incluant des droits économiques et sociaux et référant abondamment au droit international, notamment comme source d'interprétation, est un autre exemple. L'auteure, Evelyne Schmid, maître de conférences à la faculté de droit de l'Université de Bangor à Wales au Royaume-Uni, examine si l'inclusion, dans la constitution, des droits économiques et sociaux a permis d'implanter une conception large de la primauté du droit à travers les jugements de la Cour constitutionnelle. Elle en conclut que, malgré une hausse de l'utilisation du droit international, aucun impact social sur le bien-être des citoyens ne s'est fait ressentir en raison de la difficulté d'exécuter les décisions rendues et que la Cour constitutionnelle ne suffit pas à elle seule pour implanter une conception large de la primauté du droit.

Enfin, c'est également le cas en Bosnie-Herzégovine où la constitution prévoit que la *Convention européenne des droits de l'homme*³ a priorité sur toutes les autres lois de l'État. Antoine Buyse, professeur associé et chercheur senior à l'Institut néerlandais des droits de l'homme de l'Université d'Utrecht, analyse le traitement, par la Chambre des droits de l'homme pour la Bosnie-Herzégovine, du droit de propriété et du droit au logement compris dans la constitution par référence à la *CEDH*. L'importation du droit international se fait adéquatement, toutefois, Buyse note que l'exécution des décisions est un problème. Dans un autre chapitre, Katerina Uhlířová, assistante professeure au département de droit international et européen de la faculté de droit de l'Université de Masaryk en République tchèque, examine à quel point la constitution et l'établissement de la Chambre des crimes de guerre de la Cour de Bosnie-Herzégovine ont permis de renforcer la primauté du droit en Bosnie-Herzégovine. Afin d'illustrer ses propos, elle analyse l'application du concept d'entreprise criminelle commune, qu'elle décrit comme un mode de commission d'un crime dans lequel plusieurs personnes qui agissent ensemble dans le but de commettre ce crime et où chacun des accusés avait l'intention de mener un plan commun. Ce concept, de prime abord appliqué par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, a été repris par la Chambre des crimes de guerre de la Cour de Bosnie-Herzégovine. Uhlířová analyse deux jugements de celle-ci, l'un appliquant le concept d'entreprise criminelle commune et l'autre ne l'appliquant pas. Elle conclut que le concept de primauté du droit est fragile et toujours en construction malgré l'intervention internationale. Pour sa part, Sanja Popovic, étudiante à l'Université de

³ *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 RTNU 221, STE 5 [CEDH] (entrée en vigueur : 3 septembre 1953).

New York ayant effectué un stage au sein de Human Rights Watch, analyse la capacité des tribunaux domestiques à se conformer au droit international criminel et à en confirmer les normes à travers leurs jugements. Elle clôt les chapitres sur la Bosnie-Herzégovine en exposant certains des facteurs nécessaires à l'établissement d'une société de droit : le renforcement du système judiciaire ainsi que l'examen des aspects sociologiques, culturels et anthropologiques de la société en regard avec le désir d'être gouverné et lié par la primauté du droit.

Un second mode par lequel la réception ou l'importation du droit international aide au (ré)-établissement de la primauté du droit en droit interne est par une construction nouvelle donnant le pouvoir d'appliquer le droit international à l'interne. L'adoption de nouvelles lois qui donnent le pouvoir aux tribunaux de juridiction nationale d'appliquer le droit international dans certains domaines et la création de nouvelles institutions ayant le mandat d'appliquer le droit international dans un domaine précis en sont deux exemples. Nicola Palmer, maître de conférences en droit pénal au Collège King de Londres, démontre dans le septième chapitre comment le droit interne rwandais a été façonné par le droit international et comment la compréhension du droit international a été façonnée par la pratique des tribunaux rwandais. Elle en conclut que l'incorporation du droit international dans la législation nationale est importante, mais qu'elle doit se faire en considérant les besoins des juridictions nationales.

Une autre illustration est celle de l'application du droit humanitaire par la Chambre des crimes de guerre de Belgrade. Suite à l'analyse de trois décisions, Sharon Weill et Ivan Jovanović, candidats au doctorat à l'Université de Genève, déterminent qu'un cadre légal approprié, des institutions judiciaires spécialisées et le support des institutions étatiques, de l'élite politique, des médias et du système d'éducation sont des facteurs essentiels à la mise en œuvre de la primauté du droit.

La troisième forme par laquelle la réception ou l'importation du droit international aide au (ré)-établissement de la primauté du droit en droit interne se situe dans la suite de la précédente. Il s'agit d'une construction, par le pouvoir politique ou judiciaire, qui ne donne pas un pouvoir d'appliquer le droit international, mais qui, au contraire, rend concrètement possible l'utilisation d'un tel pouvoir. Il peut s'agir de l'établissement d'un précédent, comme l'a fait la Cour suprême du Népal. Dans le quatrième chapitre, Rishikesh Wagle, juge au tribunal du district de Syangja au Népal, par l'analyse de l'application de la *Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*⁴ dans l'arrêt *Dhakal*⁵, examine l'application du droit international par la Cour suprême du Népal. En raison d'une impasse politique, il n'existe aucune législation interne au sujet des disparitions forcées et l'arrêt *Dhakal* devient une autorité importante.

⁴ *Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*, 20 décembre 2006, A/RES/61/177, Doc off AG NU, 61^e sess (entrée en vigueur : 23 décembre 2010).

⁵ *Rabindra Prasad Dhakal on behalf of his brother Advocate Rajendra Prasad Dhakal and Others v Government of Nepal, Ministry of Home Affairs and Others*, Supreme Court Bulletin (Special Issue, Jestha 2064) 1–86; ILDC 756 (NP 2007).

Viennent ensuite les deux États dans lesquels le (ré)-établissement de la primauté du droit n'a pas eu lieu. D'une part, le cinquième chapitre est consacré au rôle limité du droit international en Irak en raison des choix faits lors de la rédaction de la constitution nationale. Haider Ala Hamoudi, assistant professeur à la faculté de droit de l'Université de Pittsburgh, dresse un portrait historique des circonstances ayant entouré l'adoption d'une constitution qui présentait, au départ, des signes encourageants d'inclusion des principes de la primauté du droit et des normes de droit international.

D'autre part, Ebrahim Afsah, assistant professeur de droit international à l'Université de Copenhague, décrit, dans le sixième chapitre, le contexte politique et institutionnel de la reconstruction de l'Afghanistan. Il critique cette coquille vide qu'est l'État qui ne peut gouverner de façon efficiente et exécuter les décisions rendues. Il conclut qu'aucun « moment constitutionnel » ne peut être identifié en raison de la faiblesse institutionnelle de l'État.

Dans leur conclusion, les directeurs observent que certains des « moments constitutionnels » ont eu lieu immédiatement après la fin d'un conflit alors que d'autres ont pris place lors de la transition entre un régime autoritaire et une démocratie. Ils affirment que le fait qu'un « moment constitutionnel » crée des effets durables dépend du respect qu'ont les institutions pour les normes internationales. Ils constatent que l'absorption du droit international et le transfert de connaissances sont plus efficaces lorsque la communauté internationale crée des institutions hybrides ou, du moins, assiste et surveille la transition vers la primauté du droit. Ils notent également les limitations qui peuvent empêcher les tribunaux de juridiction nationale d'appliquer le droit international. La relation difficile entre le pouvoir judiciaire et politique, l'application incorrecte du droit international, l'imprécision du droit international et les divisions ethniques en font partie. Ils terminent en insistant sur l'insuffisance des recherches permettant de savoir si l'assistance internationale dans l'application du droit international a des effets à long terme et si, effectivement, elle a des retombées positives sur la population. Cette dernière question, comme le mentionnent les directeurs, relèverait cependant davantage des sciences sociales que juridiques.

Finalement, au fil du livre, le lecteur se questionne sur les liens qui pourront être faits dans ce mélange hétéroclite de cas bien documentés. Les directeurs réussissent toutefois à faire des rapprochements intéressants entre les divers cas en conclusion et démontrent l'importance croissante du droit international dans la transition des États en situation post-conflit vers une société de droit. Il est dommage que les situations des territoires libérés après une occupation étrangère et du Timor Oriental (chapitres 12 et 13) ne soient presque pas exploitées par les directeurs dans leur conclusion. En effet, elles s'intègrent plus difficilement dans les observations faites.

La première est constituée de trop nombreux cas pour en faire l'analyse en conclusion. Les auteurs examinent la situation de la Grèce, du Luxembourg et de l'Italie après l'occupation de la Deuxième Guerre mondiale, celle de la Namibie en

raison de son administration par l'Afrique du Sud, celle de l'Irak par l'Autorité provisoire de la coalition ainsi que l'administration de territoires tels le Timor Oriental et le Kosovo par l'ONU. Pour chacun de ces cas, un seul jugement est analysé, sans que le contexte ne soit expliqué. L'approche choisie n'est donc pas aussi holistique que celles des auteurs des chapitres précédents et ne permet pas aux directeurs d'établir des généralités et de classer les cas en conclusion.

Au Timor Oriental, Yaël Ronen, maître de conférences au Collège Sh'arei Mishpat en Israël, examine le recours aux principes de droit international relatifs à l'annexion illégale d'un territoire par la Cour d'appel du Timor Oriental afin de déterminer le droit interne applicable. Il constate que le droit international a eu des effets nocifs imprévus sur la primauté du droit au Timor Oriental et explique comment L'État a tout de même confirmé par voie législative, sans l'aide du droit international, le droit interne applicable. Pour cette raison, aucun « moment constitutionnel » cadrant dans les observations finales des directeurs n'est identifié par l'auteur. Comme ce texte s'inscrit à l'encontre du postulat de base des directeurs, il aurait été pertinent qu'une analyse particulière en soit faite en conclusion.

Au surplus, l'ouvrage ne contient aucun cas relatif à l'influence de la Cour pénale internationale sur la jurisprudence des tribunaux domestiques. Compte tenu de la crise de légitimité que vit actuellement ce tribunal, un chapitre sur la réception ou l'importation de sa jurisprudence en droit pénal interne aurait contribué aux discussions à ce sujet.

Enfin, au niveau de la forme, s'il y avait un reproche à formuler, c'est celui de ne pas avoir inclus de bibliographie, ce qui aurait permis au lecteur de retrouver aisément les décisions et les textes de loi provenant des différents pays aux fins de comparaison. Somme toute, *International Law in Domestic Courts: Rule of Law Reform in Post-Conflict States* demeure un ouvrage particulièrement intéressant et précis pour quiconque s'intéresse à la situation spécifique d'un des États couverts par les auteurs.