

Le droit international depuis le 11 septembre : un droit à la carte?

Marco Sassòli
Département des sciences juridiques
Membre du CEIM
Université du Québec à Montréal

1. Introduction

Les attaques du 11 septembre 2001 contre le « World Trade Center » et le Pentagone ainsi que les réactions que celles-ci ont suscitées nous ont laissés perplexes à plusieurs titres. Les spécialistes du droit international ont été en particulier frappés par le fait qu'au cours de l'année passée on ait beaucoup parlé de justice – pour la durée d'une journée, elle était même qualifiée d'illimitée –, mais très peu de droit et encore moins de droit international. Pourtant, l'administration américaine est la première à admettre que les attaques et sa « guerre contre le terrorisme », sont des phénomènes internationaux, si ce n'est globaux. Analysons donc, à une année de distance, comment le droit international a survécu aux attaques, dans quelles directions il semble évoluer et si ces évolutions peuvent être durables. Nous laisserons le droit international des droits de la personne et le droit international des réfugiés de côté, vu que d'autres traiteront des réfugiés et des droits et libertés. Dans ces domaines, certaines pratiques récentes menacent tout autant les normes internes qu'internationales.

2. Le droit international pénal et l'apparition d'un nouveau législateur international

Du fait que les attaques se sont produites sur leur territoire, il est évident que les États-Unis ont le droit d'en rechercher les auteurs, co-auteurs, complices et instigateurs. Les déclarer « wanted dead or alive » n'est en revanche plus une méthode admissible pour rechercher des criminels. Si la qualification de crime contre l'humanité est retenue ou si l'on considère les conventions protégeant la sécurité du trafic aérien comme coutumières, tous les États du monde avaient l'obligation de poursuivre ou d'extrader les présumés criminels. En ce qui concerne l'un des principaux suspects, Oussama Ben Laden, le Conseil de sécurité des Nations Unies avait d'ailleurs déjà demandé aux Talibans en 1999, par sa résolution 1267, de le remettre «aux

autorités compétentes soit d'un pays où il a été inculpé, soit d'un pays qui le remettra à un pays où il a été inculpé, soit d'un pays où il sera arrêté et effectivement traduit en justice». Cette résolution était fondée sur le chapitre VII de la Charte et était donc obligatoire pour tous les États.

Suite aux attentats du 11 septembre, on notera en particulier l'adoption de la résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité datant du 28 septembre 2001 qui décrète une sorte de code pénal international de la lutte contre le terrorisme. Par cette résolution, le Conseil est devenu législateur du droit international pénal. On peut se demander s'il en a la compétence. Les États lui ont donné le pouvoir d'appliquer la Charte et en particulier, de façon contraignante, le Chapitre VII de celle-ci. Cependant le Conseil de sécurité peut-il également décréter de nouvelles obligations, non pas par des mesures ponctuelles pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales dans un cas d'espèce, mais par des règles générales et abstraites qui s'adressent à tous les États – et, à travers eux, aux individus – et régleront leur comportement dans tous les cas futurs? C'est un grand pas au-delà du droit international traditionnel accepté par les États, législateurs et destinataires du droit dans un système décentralisé, vers un droit mondial adopté par un organe qui se place au-dessus des États. On peut se demander si le Conseil de Sécurité, avec le droit de veto de ses membres permanents, dispose de la crédibilité démocratique nécessaire pour agir ainsi comme législateur.

3. L'interdiction de l'usage de la force, la légitime défense et les règles sur l'imputation de l'acte illicite

Des criminels doivent être poursuivis et jugés, la guerre est dirigée et ne peut qu'être dirigée contre des États. Depuis 1945, la Charte des Nations Unies interdit l'usage de la force armée dans les relations internationales. Elle prévoit toutefois des exceptions à cette interdiction. Deux d'entre elles entrent en ligne de compte dans notre cas: la légitime défense et des mesures décidées ou autorisées par le Conseil de Sécurité des Nations Unies suite à une menace ou une rupture de la paix ou de la sécurité internationales. Dans tous les autres cas, l'usage de la force est interdit, même si l'objectif consiste à faire respecter le droit international. Une contre-mesure doit de toute façon viser le rétablissement du respect du droit par le destinataire. Une « punition » d'un État par l'usage de la force armée n'existe pas. Le talion ou la vengeance sont encore moins prévues par le droit international.

L'Afghanistan a violé le droit international. Chaque État a en effet l'obligation de veiller, avec la diligence voulue, à ce que son territoire ne soit pas utilisé aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États. Ceci comprend l'obligation de punir ou d'extrader ceux qui commettent de tels actes. Toutes ces violations ne permettent toutefois pas aux États-Unis de « riposter » contre l'Afghanistan en utilisant la force armée. L'invocation de la légitime défense contre l'Afghanistan ne serait justifiée qu'au cas où les attaques seraient attribuables à l'Afghanistan, parce que Oussama Ben Laden agissant sous la direction ou le contrôle de cet État, aurait donc en quelque sorte été son organe *de facto*. Selon les exigences assez élevées de la jurisprudence internationale, il est peu probable que ce fut le cas. En effet, à notre connaissance, les Talibans avaient des objectifs qui se limitaient à l'Afghanistan et ne s'intéressaient pas à un combat global contre les États-Unis et l'Occident, qui était celui d'Al-Qaïda. Dans ce cas, il est peu probable qu'ils aient coordonné ou prêté concours à l'ensemble des activités de Al-Qaïda.

Vu que les attaques du 11 septembre 2001 auraient sans aucun doute eu l'envergure nécessaire pour déclencher le droit à la légitime défense si elles avaient été perpétrées par un État, on peut se demander si les États-Unis ne peuvent pas également exercer la légitime défense contre un groupe non-étatique qui en serait responsable. Si la réponse est affirmative, alors les États-Unis peuvent réagir par un conflit armé dirigé contre ce groupe (mais non pas, bien évidemment, contre tous les États sur le territoire desquels ce groupe agit). En faveur d'une telle interprétation, on peut invoquer le fait que, dans ce domaine comme dans d'autres, les États sont de moins en moins les seuls acteurs sur la scène internationale. Selon ce raisonnement, tout comme les entreprises multinationales devraient respecter les droits de la personne, des groupes non-étatiques peuvent commettre une agression au sens du droit international. Les États doivent en conséquence pouvoir se défendre selon les règles applicables entre États contre des groupes non-étatiques commettant des actes qu'on croyait autrefois, lorsque la règle coutumière et conventionnelle s'était développée, réservés aux États. Avec la Commission du droit international, nous sommes plutôt de l'avis qu'une telle extension du droit à la légitime défense n'est pas admissible. En effet, seuls des États ont un territoire auquel le conflit armé résultant de la légitime défense peut être circonscrit. L'exercice d'une légitime défense contre un acteur non-étatique viole nécessairement la souveraineté territoriale d'États qui ne sont pas des agresseurs et constitue donc nécessairement lui-même un usage de la force entre États non admis par le droit international.

Les États-Unis ont d'ailleurs invoqué leur droit à la légitime défense non seulement contre le groupe non-étatique d'Al-Qaïda, mais également contre les Talibans. En effet, il ne fait pas de doute que la « riposte » des États-Unis visait également ces derniers.

La presque totalité des États ont accepté cette justification qui implique ou bien une extension du droit à la légitime défense ou alors une extension considérable des cas dans lesquels un comportement non-étatique peut être imputé à un État. Cette dernière interprétation aurait des conséquences intéressantes dans d'autres domaines. Elle permettrait, par exemple, d'attribuer le comportement de certaines entreprises, multinationales en particulier, à leur État de siège. Nous doutons fort que les États-Unis seraient favorables à une telle règle. Quant à une extension du droit à la légitime défense, il faut se rappeler que cette dernière est une exception à une règle fondamentale et impérative du droit international. Les exceptions doivent être interprétées de façon restrictive. Dans un ordre juridique appliqué, si nécessaire, en dernier ressort par un tribunal, des exceptions plus flexibles et adaptables à chaque cas d'espèce pourraient être envisagées. Vu qu'en droit international un tel tribunal n'existe souvent pas et que ce droit dépend donc de l'auto-application par ses sujets, des règles claires faisant référence à des faits faciles à établir sont nécessaires. C'est d'autant plus le cas pour une exception à une norme aussi fondamentale pour la société internationale que l'interdiction de l'usage de la force. Nous doutons d'ailleurs fort que les États-Unis eux-mêmes soient favorables à une règle permettant à tout État de poursuivre par la force militaire, partout sur le globe, des crimes commis contre cet État qui resteraient autrement impunis. Appliquée, comme il se doit pour toute norme qui se veut juridique, à tous les États, une telle règle résulterait en une anarchie encore plus généralisée. En fait, elle consacrerait la loi du plus fort. On n'imagine en effet pas le Sri Lanka bombarder l'Inde, l'Algérie bombarder la France, l'Égypte bombarder le Royaume-Uni, le Royaume-Uni bombarder les États-Unis se refusant d'extrader des terroristes de l'IRA et l'Inde bombarder le Pakistan suite aux attentats du 13 décembre 2001 contre son parlement. On notera d'ailleurs avec intérêt que dans ce dernier cas les États-Unis découragent fortement un usage de la force. Pour le droit, le fait qu'il s'agisse de deux puissances nucléaires ne doit pas faire de différences.

Indépendamment de son admissibilité, on peut d'ailleurs regretter que les États-Unis aient préféré la voie unilatérale de la légitime défense à la voie institutionnelle des mesures contre des menaces à la paix et la sécurité internationales autorisées par le Conseil de Sécurité. Les Nations Unies et leur Conseil de sécurité en particulier peuvent certes être critiqués à maints égards. Il s'agit toutefois du seul embryon fragile représentant la communauté internationale

institutionnalisée dont nous disposons. Même les États-Unis, seule superpuissance, auraient un intérêt à renforcer la crédibilité de ces institutions au lieu de montrer, sans véritable nécessité, qu'ils n'ont pas de véritable importance dans le domaine pour lequel ils ont été créés : le maintien de la paix.

4. Le droit international humanitaire

Le droit international humanitaire s'applique aux deux parties d'un conflit armé, indépendamment de la question de savoir qui peut exercer son droit à la légitime défense. Dans une « guerre juste », qui fut appelée pendant quelques jours « Opération Justice infinie » et qui est perçue par l'administration américaine comme une guerre du bien contre le mal, cette distinction fondamentale entre le *jus ad bellum* (légalité du recours à la force) et le *jus in bello* (règles humanitaires à respecter en cas de guerre) risquait de souffrir. Après quelques hésitations à l'intérieur de l'administration américaine, au sein de laquelle certains soutenaient que le droit international humanitaire était dépassé (« outdated ») dans cette « guerre contre le terrorisme » et qu'il méritait d'être révisé, le président Bush lui-même a toutefois décidé que les Conventions de Genève s'appliquaient à ce conflit, en particulier aux Taliban capturés. C'est une victoire importante pour ce droit. Les États-Unis n'ont en outre jamais contesté qu'il s'agissait d'un conflit armé international et n'ont pas invoqué comme prétexte que le gouvernement légitime à leurs yeux, celui de l'Alliance du Nord, les avait appelés au secours.

Pourtant, le président Bush a aussi décidé que les Talibans détenus à Guantanamo n'étaient pas des prisonniers de guerre. Or, les personnes qui, pendant un conflit armé international, tombent au pouvoir de l'ennemi sont ou bien des combattants - qui deviennent des prisonniers de guerre protégés par la III^e Convention de Genève – ou elles ne sont pas des combattants – et elles deviennent des civils protégés par la IV^e Convention de Genève. Personne n'est entre les deux catégories de combattants et de civils ou en dehors de celles-ci. Les civils qui participent directement aux hostilités perdent toutefois la protection prévue par le droit humanitaire *pendant la durée* de leur participation. Dès qu'ils tombent au pouvoir de l'ennemi, ils sont de nouveau protégés en tant que civils. Cette protection n'exclut pas qu'ils puissent ou doivent même être punis pour leur participation directe, pour des crimes de guerre ou pour d'autres crimes.

Les prisonniers de guerre conserveraient leur statut même s'ils avaient commis des crimes de guerre ou d'autres crimes, et resteraient protégés même en cas de condamnation pénale. Seuls les combattants qui tombent au pouvoir de l'ennemi alors qu'ils ne se distinguent pas de la population civile (par exemple en portant leurs armes ouvertement) lorsqu'ils prennent part à une attaque ou à une opération militaire préparatoire perdent leur statut. Il est peu probable que tous les membres des Talibans transférés à Guantanamo aient été capturés dans une telle situation. Les autres sont donc des prisonniers de guerre. Si on leur reproche des crimes individuellement commis (et non simplement leur appartenance à un groupe), ils peuvent être jugés devant des tribunaux militaires américains. En tout état de cause, puisque ces personnes sont des combattants, il n'est pas admissible de les punir pour le seul fait d'avoir participé aux hostilités contre les États-Unis, s'ils ont respecté le droit humanitaire. En tant que prisonniers de guerre, ils peuvent être internés en dehors de l'Afghanistan et des États-Unis. Le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) a le droit de les visiter pour vérifier leurs conditions de détention. Selon certaines informations, les visites du CICR à Guantanamo semblent bien se dérouler, tandis que les États-Unis lui cacheraient des détenus en Afghanistan.

Toutes les personnes capturées par les États-Unis en Afghanistan, qui ne sont pas des combattants selon ce qui précède, sont des civils tombés au pouvoir de l'ennemi dans un territoire occupé. Quoiqu'on leur reproche, et quelle que soit leur nationalité (si elle n'est pas celle des États-Unis), elles sont protégées par la IV^e Convention de Genève. Elles peuvent être jugées par des tribunaux militaires des États-Unis pour des violations du droit international, par exemple en cas de participation (illégal pour des civils) à des hostilités, mais uniquement *en Afghanistan*. Quant à leur destin futur, l'art. 76 de la IV^e Convention statue : «Les personnes protégées inculpées seront *détenues dans le pays occupé* et si elles sont condamnées, elles devront y purger leur peine.»

En conclusion, seuls des prisonniers de guerre peuvent être détenus à Guantanamo. Afin d'éviter un affaiblissement ultérieur du droit international humanitaire, les États-Unis devraient les reconnaître comme tels. Ils ont en revanche ressorti une nouvelle – ou plutôt vieille – catégorie de « combattants illégaux » qui tomberaient entre la III^e et la IV^e Convention de Genève. Comme des prisonniers de guerre, ils pourraient être détenus sans procès, mais ils ne bénéficieraient pas du même traitement et ils ne seront probablement pas rapatriés à la fin des hostilités actives. Créer une telle catégorie non prévue par les Conventions de Genève, c'est tout d'abord ouvrir les portes à l'arbitraire et mettre les combattants de conflits futurs en danger. Une détention pour une

durée indéfinie est ensuite non seulement incompatible avec les principes juridiques fondamentaux, mais aussi extrêmement difficile à gérer pour tout détenteur.

Certains font valoir que la « guerre contre le terrorisme » ou « le mal » représente de nouveaux types de conflits qui nécessitent un nouveau droit humanitaire. Il est vrai que les conflits armés auxquels le droit international humanitaire peut s'appliquer sont ceux qui sont dirigés contre des États ou contre des groupes armés organisés. Nous voyons mal comment on pourrait définir un droit applicable à une guerre contre des catégories philosophiques comme le mal ou des phénomènes sociaux ou criminels comme le terrorisme. Il est vrai qu'une guerre entre un État et un groupe non-étatique qui ne lutte pas sur son territoire, mais dans le monde entier contre cet État, est un phénomène relativement nouveau. Scientifiquement, un droit international humanitaire adapté à une telle lutte transnationale contre un acteur non-étatique mondialisé pourrait être élaboré. Nous nous demandons toutefois si les États sont prêts à accepter un tel droit qui devrait nécessairement réserver également des droits aux acteurs non-étatiques et si et comment un tel droit pourrait être accepté par des groupes tels que Al-Qaïda.

5. Importance croissante des acteurs non-étatiques et retour à l'État

Avant le 11 septembre 2001, le droit international se développait d'un droit applicable à des relations entre États et appliqué de façon décentralisée vers un droit tenant de plus en plus compte des individus et, dans le cadre de la mondialisation, des autres acteurs non-étatiques. Sa mise en œuvre tendait vers l'institutionnalisation. Le 11 septembre a d'un côté renforcé l'importance des acteurs non-étatiques, puisque les attentats ont été perpétrés par de tels acteurs qui ne pouvaient pas être facilement localisés, manifestant en quelque sorte la mondialisation dans ce domaine. Les États-Unis les reconnaissent maintenant même comme partenaires dignes d'une « guerre ». D'un autre côté, les attentats, et en particulier la réaction américaine, ont mis l'accent sur l'État et les États-Unis ont réagi de façon décentralisée, individuelle, comme l'aurait fait un État du XIX^e siècle.

6. Un renversement des alliances dans la science du droit international

Traditionnellement, certains spécialistes du droit international qui appuyaient les vues des gouvernements occidentaux se fondaient sur des théories positivistes, invoquaient la lettre des traités et distinguaient bien la *lex lata*, le droit existant, de la *lex ferenda*, du droit désirable. C'étaient en revanche plutôt les tiers-mondistes et les activistes des ONG qui voulaient voir le droit dans son contexte, qui voulaient constamment l'adapter à de nouveaux besoins et qui l'interprétaient selon les valeurs en jeu. Récemment, il y a eu un certain renversement des alliances. Les spécialistes pro-gouvernementaux souhaitent une approche flexible par rapport à des notions comme légitime défense, imputabilité à l'État ou prisonnier de guerre, ils font valoir que le droit a déjà changé depuis les événements du 11 septembre 2001, rendant légal ce qui était auparavant illégal. Ce sont en revanche les spécialistes critiques qui chérissent aujourd'hui la lettre des traités, par exemple celle de la Charte des Nations Unies ou des Conventions de Genève.

Des experts américains en particulier se sont ainsi engagés actuellement dans un processus de réflexion sur une adaptation du droit international humanitaire aux réalités actuelles. Ils invoquent, en soi à juste titre, que le droit doit s'adapter aux besoins de la pratique et qu'un droit qui ne tient pas compte des besoins de ceux qui sont censés le respecter n'a pas d'impact. Nous nous demandons toutefois si les praticiens de la guerre contemporaine que ces experts veulent écouter seront uniquement les « marines » américains ou également les Palestiniens qui perpètrent des attentats suicide, des Serbes de Bosnie qui exécutaient la purification ethnique et les combattants de subsistance en Afrique de l'Ouest.

7. La flexibilité du droit international et ses limites

Dans ce qui précède, nous avons émis bien des doutes sur la question de savoir si les évolutions dont nous sommes témoins depuis une année sont compatibles avec le droit international tel qu'il existait auparavant. Si tous les États épousent toutefois une théorie, aussi nouvelle, « scientifiquement erronée » et contraire à la pratique antérieure soit-elle – alors une nouvelle coutume est née. Jusqu'à un certain point, ceci est vrai même si les États ne sont pas libres dans leur choix, mais y sont obligés par une administration de la seule superpuissance existante qui considère que tous ceux qui ne suivent pas sa ligne sont ses ennemis – et des

candidats potentiels pour faire partie de l'axe du mal. Il y a toutefois une limite, celle de la cohérence, exigence inhérente à toute règle qui se veut juridique. Elle doit être générale et abstraite et vouloir régir tous les cas semblables futurs. Même si tous les États étaient favorables à une règle qui permettrait aux États-Unis une certaine réaction à une attaque terroriste, mais ne la permettrait pas à l'Inde (ou contre les États-Unis lorsqu'ils soutiendraient des actes terroristes) dans les mêmes circonstances, cette règle ne pourrait pas appartenir au droit international, aussi longtemps que celui-ci régit une société d'États souverains et égaux. Un droit international devant lequel les États ne seraient plus égaux serait imaginable, mais impliquerait une révolution par rapport au système westphalien que nous connaissons depuis 1648, révolution qui devrait d'abord être acceptée par les États, ce que ceux-ci ne feront pas si facilement.

Le droit international doit et peut s'adapter à de nouvelles situations, à de nouveaux besoins sociaux. Comme tout droit, il ne peut toutefois pas s'adapter dans chaque cas d'application à ce qu'une des parties de ce cas d'application souhaiterait comme règle applicable.

Certains ont cru déceler, depuis une année, l'évolution du droit international vers un droit hégémonique. Certes, le puissant a davantage d'influence que le faible sur la formation et le contenu du droit de la société à laquelle il appartient. Mais une fois que la règle de droit est en vigueur, elle doit valoir également contre le puissant. Si non, elle n'est pas une règle de droit. C'est pourquoi je suis personnellement particulièrement préoccupé par le fait que les États-Unis ne cherchent pas vraiment à modifier le droit international et à faire accepter un nouveau droit, plus conforme à leurs intérêts, par les autres États. On a plutôt l'impression que l'administration actuelle ne veut aucun droit, car tout droit peut un jour, lui donner tort. Or, comme me l'a dit un fonctionnaire américain : « We will do the right thing, but we cannot be limited by legal rules ». Peut-être le Président Bush devrait réfléchir à ce qu'a écrit Jean-Jacques Rousseau : «Le plus fort n'est jamais assez fort pour être toujours maître, s'il ne transforme pas sa force en droit, et l'obéissance en devoir».