

CHAPITRE X

RÉSUMÉ

1. Le droit romain

CICÉRON nous laissa la meilleure preuve que les principes et les cas sont les choses les plus importantes que nous devons apprendre et utiliser du droit romain. Grâce à lui, les formalités absurdes du droit furent abandonnées, tandis qu'une grande partie de son héritage survit encore. Cependant, tous les formalismes ne sont pas morts: nous, juristes, utilisons des formules latines parce que nous les aimons et de nouveaux principes du droit ont été baptisés en latin contemporain - *male captus, bene detentus*¹.

2. La procédure régulière

Au fur et à mesure que le temps passe, l'humanité a réintroduit dans le droit la procédure régulière, après l'avoir précédemment déshonorée. Il s'agit, peut-être, d'une des grandes récupérations par rapport aux retours en arrière qu'on a fait dans la période post-romaine. Avec la procédure régulière nous avons appris de nouveau qu'on ne peut pas être à la fois accusateur et juge, ni partie et juge (*nemo iudex in causa sua*). Le juge doit être un tiers désintéressé de la procédure (Carnellutti). Ce critère n'implique pas distance ou froideur; au contraire, il faut avoir du cœur et de la sensibilité.

¹ USSC, *Alvarez Machain*, 1992, www.supremecourtus.gov. Au-delà de tout dogmatisme juridique, il est nécessaire de remarquer l'importance qu'ont pour les Etats-Unis les faits mentionnés dans la note 1 du jugement et dans son premier paragraphe (l'action simultanée des groupes de trafiquants de drogues, de la corruption, du crime, de la torture et de la mort organisés, etc. tout dans le même cas), et puis comparer cette affaire avec les cas *Noriega*, à Panama, *Eichmann*, en Israël, *Argoud*, en Israël et Allemagne, etc. De toute façon l'Argentine a fait la même chose: *Gorriarán Merlo*, au Mexique, *Pico* et *Trovato*, au Brésil, etc.

Mais il ne suffit pas non plus que le juge soit étranger au litige. Il doit aussi être indépendant, c'est-à-dire qu'il ne doit être sous les ordres de personne. Le juge doit avoir du courage afin de pouvoir maintenir l'égalité des parties pendant le procès.

3. *Le premier jus gentium et le droit de la mer*

Le *jus gentium* est né, à partir de l'activité maritime croissante des grands pays, afin de combattre la piraterie (en octroyant, pourtant, des lettres de marque)² et l'esclavage. Pendant le XIX^{ème} siècle, tout cela paraissait être devenu à peine un chapitre intéressant dans les livres d'histoire du droit et, en fait, il a été souvent enseigné de cette manière au XX^{ème} siècle.

4. *Le dogme du droit*

A la fin du XIX^{ème} siècle et au début du XX^{ème}, le dogme juridique a commencé à prospérer avec l'apparition des différents codes civils. Et les codes pénaux, de leur part, ont commencé comme une ode au dogme juridique, pour donner des garanties contre les vieux châtiments, excessifs et irrationnels, en donnant lieu à la renaissance de l'idée, perfectionnée, de la procédure régulière.

5. *Les recherches sur le langage*

Plus ou moins à la même époque, des études sur la philosophie du langage ont commencé à fleurir. Avec le temps, cette philosophie a démontré qu'il était fallacieux de vouloir construire un dogme à partir des mots, ce qui constituait une *contradictio in terminis*. On ne peut pas créer un dogme en utilisant des mots, parce que les mots constituent l'un des instruments les moins précis possédés et utilisés par l'homme.

² Il est facile de démontrer que l'ordre international n'a pas été établi entre des êtres égaux, ni même à l'origine. ALLOT PHILIP, *Mare Nostrum: A New International Law of the Sea*, dans *American Journal of International Law*, 86: 764 (octobre 1992). Voy. aussi la note suivante.

6. *Le common law*

Le *common law* de cette époque semble être différent du droit continental parce qu'il mettait l'accent sur les cas et les valeurs et non pas sur les constructions dogmatiques et les normes. Au contraire, en Europe à la même période, le droit continental s'épanouit considérablement dans des codes, des systèmes, des dogmes.

7. *L'holocauste*

L'holocauste nous a appris que le *jus gentium* doit aborder l'époque à laquelle nous vivons. Le génocide est passé à faire partie de la vieille liste du *jus gentium* des crimes contre l'humanité. Tandis que des cas apparaissant sous le titre de "crimes contre l'humanité", manquent encore des garanties de procédures usuelles mais comportent des règles *ad hoc* et *ex post facto*³ et même des juges *ad hoc*, comme le seul moyen pour trouver une solution juste pour les crimes les plus horribles connus par l'humanité. La Cour pénale internationale commence à apporter une solution. Le droit international sera toujours supérieur au droit national.

Radbruch parle des aspects philosophiques de cette question quand il enseigne qu'il y a un droit au-dessus de la loi et que pour cette raison une "loi" peut être illégale⁴. Radbruch ne parle pas de hiérarchie constitutionnelle ni de droit international impératif (*jus cogens*) pour justifier ses idées⁵, parce qu'il part d'une position philosophique ayant comme prémisses que, dans des cas extrêmes, la sécurité précède la justice dans l'ordre de préférence des valeurs⁶.

³ Voy. ZUPPI, La prohibición 'ex post facto' y los crímenes contra la humanidad, *ED*, 131: 765.

⁴ RADBRUCH GUSTAV, *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, p. 36, traduction de M. I. AZARETTO de *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*.

⁵ Voy. ZUPPI, El derecho imperativo ('jus cogens') en el nuevo orden internacional, *ED*, 147: 863; La noción de soberanía en el nuevo orden internacional, *ED*, 151: 781.

⁶ L'expression *fiat iustitia pereat mundo* est utilisée pour démontrer qu'on ne doit pas aller si loin.

8. Piraterie internationale, prise d'otages, etc.

L'holocauste n'est pas un cas particulier dans l'histoire en termes d'avancement du *jus gentium*. De nos jours, la piraterie, sous la forme du terrorisme international, est en train de donner naissance à un nouveau "droit des gens". *Entebbe*, *Eichmann* et *apartheid* montrent aussi que le *jus gentium* est en vigueur et qu'il évolue aussi. Il y a un droit au-dessus des territoires nationaux et, qui plus est, est appliqué. L'histoire montre que le droit ne peut pas être oublié, parce que le passé est aussi le présent, comme il nous a été rappelé, dramatiquement, le 11 septembre.

9. Génocide, torture, disparition forcée de personnes, apartheid, etc.

Les traités internationaux ont ajouté au *jus gentium* des dispositions contre la traite des blancs, le génocide (maintenant de façon expresse), la disparition de personnes organisée par le gouvernement (p. ex. sous la forme de kidnapping et de meurtre), le terrorisme et la torture. Le trafic de drogues⁷ et la corruption sont dans la même voie. On peut dire, cyniquement, que tout cela n'est fait qu'au profit des pays dominants, comme le vieux droit de la mer qui donna naissance au premier *jus gentium*. Pourtant, cette explication ne change pas le fait qu'il faut trouver des solutions pour résoudre les problèmes qui menacent le bien-être de l'homme.

10. Vers une synthèse des conflits philosophiques

Ce qui arrive maintenant semble être une forte confrontation entre les commentateurs du dogme juridique - c'est-à-dire les partisans de l'interprétation littérale -, les "iusnaturalistes", les positivistes et leurs variantes. Les auteurs appartenant à chacun de ces secteurs diffèrent fortement les uns des autres. Les uns n'apprécient pas du tout qu'on ait laissé au découvert le langage comme élément de pouvoir. D'autres n'aiment pas que Popper affirme que l'homme n'a pas l'usage de la *Vérité*, qui n'appartient qu'à Dieu et à la religion et pas aux hommes de droit; et que, à part des questions de foi, l'être humain, avec humilité chrétienne, ne peut utiliser que des conjectures et des hypothèses et, à son tour, les contester. Affirmer le con-

⁷ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA EDUARDO, *El derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1980, p. 84; *jus cogens superveniens*; BARBERIS JULIO A., *Formación del derecho internacional*, Buenos Aires, Ábaco, 1994.

traire constituerait un péché d'orgueil ou, au moins, un usage incorrect du langage. D'autres critiquent les iusnaturalistes parce qu'ils essaient de transmettre une conception religieuse du monde et une série de valeurs supérieures au droit. Il y a, certes, des sociétés dans lesquelles la religion et le droit positif coïncident à un certain degré mais, en général, elles ne sont pas présentées comme des modèles occidentaux et de fonctionnement du droit dans une société contemporaine. Il y a aussi des sociétés démocratiques et modernes ayant des points communs entre religion et droit, mais elles ne sont pas la règle générale et ne peuvent pas non plus être présentées comme un *système* établi de relations entre religion et droit⁸.

Mais, au-delà des perceptions de chaque auteur, il paraît que l'humanité, pour certaines raisons, a accepté l'idée qu'il existe une série de valeurs juridiques supérieures aux codes nationaux; c'est une sorte de iusnaturalisme. Quant à l'origine ecclésiastique du droit public, il est accepté surtout comme un élément historique et non comme une composante actuelle⁹.

Le vieux *jus gentium* est devenu le nouveau droit international impératif avec juridiction extraterritoriale et des sources qui dépassent les codes pénaux locaux. Ces sources, contrairement à ce que nous avons appris à la Faculté de droit, sont la coutume, la jurisprudence et la doctrine, ainsi que les traités. Et ce sont les traités qui ont, en particulier, la fonction de mettre par écrit ce qui a été en premier lieu convenu et appliqué par l'ensemble des nations civilisées.

Ce phénomène du droit pénal international peut aussi être présent autre part, mais à des degrés différents. En premier lieu, les tribunaux internationaux, dont le nombre est croissant (tels que la Cour européenne de justice, les Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme, les tribunaux administratifs internationaux et les tribunaux internationaux d'arbitrage), en raison de leur composition variée, doivent se mettre d'accord sur des questions fondamentales du droit: en effet, l'accord est trouvé *dans les principes supérieurs, dans les hautes valeurs juridiques*.

⁸ Il y a certainement des auteurs qui essaient de construire ce système en partant de la doctrine de l'Église catholique. BIDEAIN, BARRA, COVIELLO, etc. Comme nous le savons tous, un tel parallélisme est en train de se développer dans l'Islam.

⁹ STARCK CHRISTIAN, *The Religious Origins of Public Law*, *European Review of Public Law*, vol. 10, n° 3, Londres, Esperia, 1998, pp. 621 et seq.; *Das Christentum und die Kirchen in ihrer Bedeutung für die Identität der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten*, 1997, 31, *Essener Gespräche*, 5 à 30; *Le christianisme et les Églises dans leur signification pour l'Union Européenne et ses États membres*, dans MIRANDA JORGE, publication, *Perspectivas constitucionais*, vol. 1, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, pp. 737-768.

Les traités internationaux ne s'occupent pas seulement des crimes contre l'humanité. Les conventions des droits de l'homme, par exemple, incluent un éventail de droits individuels fondamentaux et supérieurs au droits des Etats. D'autres textes ont commencé à inclure des valeurs telles que l'équité, la justice et l'efficacité comme principes supranationaux (la Convention interaméricaine contre la corruption) ou ont établi des solides pratiques supranationales de comptabilité (la Convention internationale contre la corruption transnationale). On a averti que certaines mesures peuvent éroder la souveraineté nationale¹⁰, et les normes jusqu'ici établies ne font que le confirmer.

Il était impossible que les procédures internationales n'eussent pas un accueil national. A ce point, les pays commencent à se rendre compte, forcément, de la primauté des principes sur les lois et à reconnaître qu'il n'existe pas de si grande différence entre le fonctionnement du *common law* et du droit continental européen contemporain: tous les tribunaux utilisent la même méthode pour traiter une affaire. Ces "systèmes" juridiques sont et ont toujours été, tous deux, ni plus ni moins des solutions à des cas définis et particuliers, solutions qui, dans chaque procès, seront définitives grâce à la *res iudicata*, mais qui ne contiendront jamais la valeur de Vérité¹¹.

¹⁰ PEDRIERI ALBERTO, Le norme tecniche come fattore di erosione e di trasferimento di sovranità, dans UNIVERSITÀ DI VENEZIA, *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, vol. IV, Mucchi Edizioni, Modena, 1996, pp. 1413 et seq.

¹¹ Les juges sont des êtres humains, donc ils sont faillibles. Beaucoup de gens ne sont pas d'accord avec la décision de la Cour Suprême des Etats-Unis en faveur de Bush et contre Gore. Le tribunal (au-delà de ses arguments - nous raisonnons comme nous avons proposé dans le Chapitre V) a clairement privilégié la sécurité (en mettant un point final à un recensement de votes sûrement très long qui allait ajourner la décision formelle sur les élections présidentielles) par rapport à la justice (il aurait été alors évident que Gore soit le vainqueur si les erreurs existant dans le système avaient été corrigées). C'est de cela qu'il s'agit dans la justice: une procédure pour élaborer des décisions qui, dans un certain moment, seront finales, même si elles n'ont pas, ni peuvent avoir une valeur de vérité. La clé de l'ordre judiciaire c'est que les décisions judiciaires qui mettent fin à une affaire soient respectées. Tous les Nord-américains sont d'accord sur ce point. Ceux qui ne le sont pas n'ont pas encore compris ce que le droit est vraiment.