

L'hospitalité judiciaire

par Benoit Frydman
*Professeur à l'Université Libre de
Bruxelles (ULB). Directeur du Centre
Perelman de Philosophie du Droit
(www.philodroit.be). Membre du Conseil
Supérieur de la Justice belge.*

Je voudrais vous parler aujourd'hui de l'hospitalité judiciaire et je vous dois d'abord une explication sur cette notion au premier abord peu familière aux juristes. On a publié beaucoup d'études au cours de ces dernières années sur l'hospitalité, notamment les philosophes et en particulier Jacques Derrida qui a remis ce concept à l'honneur et au premier plan de la réflexion philosophique¹. Il a renoué avec une tradition plus ancienne et notamment avec Kant qui, de manière brève et presque elliptique, place le concept d'hospitalité au cœur de sa réflexion sur le cosmopolitisme, puisque, en particulier dans la Paix perpétuelle, il fait de l'hospitalité le noyau dur et même l'unique principe du droit cosmopolitique. Nous y reviendrons tout à l'heure.

Mais avant d'être un concept, l'hospitalité est d'abord une valeur, une valeur traditionnelle dont tout le monde s'accorde à reconnaître à la fois le caractère antique et aussi la dimension sacrée ou religieuse, et encore le caractère universel. Véritable condition de survie pour une humanité nomade ou même seulement voyageuse, exploratrice ou commerçante, le devoir d'hospitalité, qui consiste à accueillir temporairement chez soi, recevoir, nourrir, loger et protéger un étranger de passage, qui ne s'établit pas, mais est seulement en visite, constitue un devoir ancestral que l'on trouve bien sûr au cœur de l'Odyssée d'Homère, mais, sous des formes variables, sur tous les continents, chez tous les peuples et dans toutes les civilisations.

Toutefois, si l'hospitalité est ressentie comme une valeur ancestrale et fondamentale, elle est également perçue, notamment par nous les Européens, comme une valeur qui se perd. Ici encore, le constat n'est pas neuf et, dans un contexte certes totalement différent, Kant stigmatisait déjà « le comportement inhospitalier des États policés de notre continent (...) »². La situation actuelle ne nous donne guère l'occasion de réviser ce jugement, sinon pour le rendre plus sévère encore, quand on voit comment, dans un monde où tout circule sauf les pauvres, la forteresse Europe restreint et réglemente l'accès et le séjour des étrangers et dans quelles conditions elle traite ou détient ceux d'entre eux qui se trouvent sur notre sol qui ont le plus besoin et donc aussi le plus de titres à réclamer le bénéfice de notre hospitalité. Quand on sait en outre dans quelles conditions insatisfaisantes et toujours plus restrictives s'organisent et sont mises en œuvre les voies de recours administratives ou judiciaires concédées aux étrangers jugés indésirables et aux candidats réfugiés, demandeurs d'asile, certains d'entre vous auront peut-être cru deviner dans ce titre annoncé de « l'hospitalité judiciaire » une nuance d'ironie, voire de cynisme. Il n'en est rien et ce n'est pas du contentieux des étrangers ou des réfugiés dont je veux vous traiter ici, mais d'un tout autre phénomène qui concerne à la fois la justice et l'hospitalité.

A-t-on remarqué que le langage technique de la procédure n'est pas sans évoquer celui de l'hospitalité ? Du juge, qui se reconnaît compétent pour connaître d'une action en justice, ne dit-on pas qu'il la « reçoit » (sinon, il la déclarera « irrecevable ») ? Et, à la suite de l'examen de l'affaire, s'il la considère fondée, le juge dira encore qu'il « accueille » la demande (ou, dans l'hypothèse inverse qu'il la « rejette »). Et il en va un peu de même pour les justiciables. Les tribunaux sont des espaces publics ouverts à tous. Chacun peut en pousser la porte, même s'il n'est pas sûr d'obtenir gain de cause. Les juges sont en état d'offre permanente de justice. Ils sont, pour reprendre la belle expression qui s'appliquait jadis aux rois, des « fontaines de justice », auprès de qui les assoiffés peuvent en principe venir

¹ Jacques Derrida : *De l'hospitalité*, collection Paris, Calman-Lévy, col. « Petite Bibliothèque des Idées », éd. 1997 ; *Cosmopolites de tous les pays, encore un effort*, Paris, Gallilée, 1997 ; *Politiques de l'amitié*, Paris, Galilée, 1994.

² E. Kant, *Pour la paix perpétuelle*, 2^{ème} section, 3^{ème} art. définitif.

étancher leur soif. Et ces assoiffés de justice ne sont pas toujours des nationaux.

Depuis deux ans, nous étudions dans le cadre d'un séminaire international dirigé par Antoine Garapon ce que nous avons appelé des procédures judiciaires à caractère global. Par ce terme, nous entendons des procédures judiciaires qui soit par leur objet, soit par leurs effets, soit par la concurrence des fors qui sont saisis, simultanément ou successivement, manifestent l'émergence d'une justice transnationale, c'est-à-dire d'une justice qui, sans pour autant être mondiale ni même internationale, traverse de multiples façons les frontières étatiques traditionnelles. Parmi ces décisions, un certain nombre, un grand nombre en réalité, concerne des personnes ou des groupes qui ne pouvant, pour diverses raisons, obtenir justice ou satisfaction devant leurs juridictions nationales, s'adressent à des juges étrangers dans l'espoir de faire entendre leur cause. L'affaire Pinochet a lancé en quelque sorte ce genre nouveau de procédure, où l'on a vu les victimes de la dictature militaire chilienne placer leurs espoirs de justice dans l'intervention d'un juge d'instruction espagnol et finalement de la Chambre des Lords britannique. Depuis lors, les actions de ce type, même si leur nombre demeure marginal dans la masse des contentieux, se sont multipliées, en particulier en Europe et en Amérique du Nord.

Saisis (et le mot est parfois exact à plus d'un titre) à brûle-pourpoint par une victime (ou prétendue telle) à propos d'une affaire qui s'est produite à l'autre bout du monde, et qui s'adresse à ces juges étrangers comme à un dernier recours, les magistrats se trouvent confrontés à des cas difficiles qui sont toujours aussi des cas de conscience. Peuvent-ils accorder l'hospitalité à cette victime ? En ont-ils le droit, voire le devoir ? Face à cette demande d'hospitalité, qui est une demande de justice, le juge se trouve confronté à un dilemme. Faut-il qu'il la reçoive, qu'il l'accueille, au risque d'être accusé de se mêler de ce qui ne le regarde pas, de susciter un problème politique ou une crise diplomatique, de se mettre en porte-à-faux avec les intérêts de l'État dont il est pourtant l'organe, au risque aussi de ne pouvoir instruire l'affaire en connaissance de cause, de ne pouvoir la mener à son terme ou de rendre une décision qui demeurera sans effets, comme suspendue dans les airs ? Est-il préférable, au contraire, qu'il déclare la demande irrecevable, qu'il dise que ce n'est pas son affaire, qu'il est incompetent pour en connaître, qu'il ferme la porte de son tribunal à cette victime qui n'a peut-être pas d'autre recours que lui et dont la requête restera à jamais lettre morte ?

Les magistrats réagissent différemment à ce dilemme en fonction de leur ordre juridique (notamment des règles qui définissent de manière plus ou moins large leurs compétences extraterritoriales), de leur culture judiciaire (plus ou moins interventionniste et universaliste), mais aussi de la nature de la juridiction et encore du tempérament du juge ou de ses convictions. Toutes ces actions judiciaires sans exception donnent d'ailleurs lieu à d'homériques batailles de procédures dont la question de la compétence et de la recevabilité constitue bien entendu l'enjeu essentiel.

Je pense pour ma part que dans ce dilemme, qui pose une question à la fois politique, juridique et morale, dans cette demande d'hospitalité et la réponse qu'on lui fait, se joue quelque chose d'important pour comprendre et pour construire quelque chose comme le droit mondial ou la justice universelle. Dans ce séminaire consacré à la justice et au cosmopolitisme, au cosmopolitisme de la justice, je voudrais proposer et discuter avec vous une thèse un peu massive, sans doute risquée et certainement contestable qui est la suivante. Ces affaires posent essentiellement la question du droit d'accès à la justice. Et je voudrais soutenir ici que ce droit d'accès à la justice, et par conséquent le devoir d'hospitalité qui en est

le corollaire, constitue rien moins que le fondement procédural du droit cosmopolitique.

Pour m'expliquer sur cette thèse et tenter de vous en convaincre, je procéderai en trois parties. Dans un premier moment, je partirai de la pratique et donc de ces procédures judiciaires « délocalisées » pour tenter d'en démonter la logique, d'en comprendre les motifs et d'en interpréter le sens (I). Dans un deuxième temps, je poserai l'hypothèse d'un droit d'accès à la justice comme fondement de la justice globale, en m'appuyant sur la tradition philosophique, en particulier la conception de Kant du droit cosmopolitique, mais aussi la théorie de la justice développée par les empiristes écossais, spécialement David Hume et Adam Smith (II). Dans un troisième et dernier temps, je reviendrai au droit positif pour voir dans quelle mesure le droit international et européen des droits de l'homme offre les ressources herméneutiques nécessaires pour faire prévaloir effectivement un tel droit d'accès universel à la justice (III). Ce plan, qui va de la pratique judiciaire à la philosophie et de celle-ci au droit positif, illustre assez bien la méthode que nous essayons de développer au Centre Perelman de philosophie du droit depuis de nombreuses années³. Notre façon de concevoir et de pratiquer la philosophie du droit ne consiste pas en effet à penser le droit du point de vue de la philosophie, ni d'ailleurs l'inverse ; mais plutôt à tisser des liens entre les deux, par un mouvement de navette incessant entre les discours et les pratiques juridiques et les concepts philosophiques.

³ Le Centre Perelman de philosophie du droit a été fondé en 1967 et fête donc cette année son quarantième anniversaire.

I. La justice délocalisée

Depuis l’Affaire Pinochet, le nombre d’actions en justice intentées par des victimes de violations des droits de l’homme ou par leurs représentants devant des juridictions étrangères ne cesse de se multiplier. D’après une étude en cours au sein du Centre Perelman, il n’y a pas de semaine, sans que n’éclate à l’un ou l’autre endroit du monde une affaire significative de ce type. On peut y voir bien sûr le signe de la mondialisation et de l’intensification de la circulation des personnes et des informations qui la caractérise. On peut y voir également l’effet du développement de réseaux internationaux de juristes professionnels, qui diligentent ces actions, et des réseaux internationaux d’organisations non gouvernementales de protection des droits de l’homme, qui souvent les mandatent et les financent. Tout ceci est bien connu et il n’est guère besoin de s’y appesantir. Plus intéressant, d’un point de vue technique, ces actions judiciaires délocalisées recourent à une forme originale de forum shopping, dont elles renversent en quelque sorte la logique. On connaît la notion de « forum shopping » qui désigne, en droit international privé, le fait pour une personne juridique de jouer sur les facteurs de rattachement d’une situation qui présente un ou plusieurs éléments d’extranéité en vue de bénéficier du régime juridique le plus favorable. Dans sa forme traditionnelle, le forum shopping est généralement utilisé pour éviter ou contourner l’application d’une loi ou des contraintes juridiques ou financières. Les sociétés transnationales y recourent, par exemple, par le mécanisme des transferts, en logeant l’essentiel de leurs bénéfices dans leurs filiales établies dans les pays où le taux d’imposition est le plus faible ; ou, par le moyen des délocalisations, en installant leurs activités sur le territoire d’États où les charges sociales et les contraintes environnementales, éthiques ou politiques sont les plus légères .

Les organisations de la société civile qui sont le plus souvent à l’origine des actions judiciaires délocalisées renversent cette logique : elles ne recourent pas au forum shopping pour échapper à l’emprise d’une loi qui aurait dû normalement s’appliquer, mais pour faire appréhender par le droit une situation qui aurait dû lui échapper. Cette stratégie du forum shopping « à l’envers » répond à plusieurs cas de figures différents que l’on comprendra mieux en recourant à des exemples. J’en distinguerai quatre de manière non limitative.

En premier lieu, les victimes de violations des droits de l’homme et leurs représentants peuvent tenter d’intéresser à leur cause les juridictions étrangères lorsque les violations dont elles se plaignent ont été commises sur le territoire d’États autoritaires, qui ne garantissent pas les droits de l’homme, voire comme c’est souvent le cas, qui se sont eux-mêmes rendus coupables ou complices des violations en cause. Il faut dans ce cas contourner l’obstacle de l’immunité de juridiction absolue des États en droit international, ce qui conduira en pratique le plus souvent à assigner des personnes privées, physiques ou morales, qui ont agi sous les ordres des autorités ou collaboré avec elles. L’Affaire Total-Unocal en Birmanie en offre une illustration exemplaire, puisqu’il s’agissait pour les victimes de la junte militaire au pouvoir, contraintes par l’armée au travail forcé au profit d’un chantier pétrolier développé conjointement par la société française Total et la société américaine Unocal à saisir successivement les juridictions américaines en Californie, puis françaises et belges, en vue d’obtenir la condamnation civile ou pénale de ces entreprises pétrolières pour complicité des exactions commises. L’affaire s’est soldée aux États-Unis comme en France par une transaction, tandis qu’elle a échoué en Belgique dans une impasse procédurale qui n’a pas encore connu à ce jour son terme définitif⁴.

⁴ « L’affaire Total et ses enjeux », in *Liber amicorum Paul Martens. L’humanisme dans*

Les victimes peuvent également se voir dénier un accès à la justice lorsque l'État, sans être directement mêlé aux violations, est trop faible ou pour diverses raisons ne souhaite pas voir l'affaire portée en justice. Tel était le cas, on s'en souvient, à l'origine de l'affaire Pinochet puisqu'aussi bien, dans le cadre de la transition démocratique au Chili, une amnistie avait été décrétée concernant les crimes de la junte et l'immunité garantie au général Pinochet, promu sénateur à vie. Le recours aux juridictions étrangères, avec toute l'incertitude qu'il comportait, notamment sur la question épineuse de l'immunité des anciens chefs d'État (sur laquelle l'affaire a d'ailleurs fait évoluer considérablement la jurisprudence traditionnelle), constituait donc pour les victimes de la dictature le seul moyen effectif de contourner le dispositif de verrouillage institutionnel qui avait été mis en place pour éviter l'intervention de la justice. De même, dans l'affaire Issène Habré, une plainte instruite à Bruxelles contre l'ex-président tchadien, sur la base de la loi belge de compétence universelle (depuis lors abrogée), n'a pas été sans effets, puisqu'elle a suscité une intervention de l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA), à la suite de laquelle le Sénégal où réside actuellement Issène Habré, a accepté d'instruire et de conduire son procès, qui n'a cependant toujours pas commencé à ce jour. Autre cas de figure encore, tout à fait dans la logique du forum shopping, les défenseurs des droits de l'homme peuvent être conduits à délocaliser une affaire en vue de faire juger celle-ci par les juridictions dont la législation est la plus favorable à leur cause. Tel a été le cas de manière spectaculaire dans la célèbre affaire Yahoo!, jugée ici même à Paris, où les associations de lutte contre le racisme et l'antisémitisme sont parvenues à obtenir du portail géant américain qu'il interdise sur son site d'enchères en ligne la vente de milliers d'objets de toute sorte à la gloire du nazisme⁵. Il s'en est suivie une incroyable bataille de procédure sur les deux rives de l'Atlantique, à l'issue de laquelle les juges américains ont refusé de mettre en cause, au bénéfice de Yahoo!, les décisions de la justice française⁶. Pareillement, mais dans l'autre sens, ce sont des juges new-yorkais qui ont été saisis d'actions introduites contre diverses sociétés principalement européennes, notamment des banques et des compagnies d'assurances, en vue de l'indemnisation du préjudice causé aux victimes de la Shoah, notamment par le travail forcé et la spoliation des avoirs et des biens. L'action délocalisée des victimes a, en l'espèce, ouvert la voie à un accord international négocié à l'intervention de l'administration Clinton.

Enfin, les victimes peuvent encore avoir intérêt à saisir les juridictions étrangères lorsque, bien qu'elles disposent d'un recours effectif devant leurs juridictions nationales, il apparaît que l'action à l'étranger promet d'être plus efficace ou de produire davantage d'effets. Ainsi, dans la célèbre affaire Nike, où il s'agissait de dénoncer les pratiques des sous-traitants qui fabriquent les chaussures de sport commercialisées par la célèbre marque à la « virgule », certaines actions en justice

la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?, Larcier, 2007, pp. 301-321. A paraître : B. Frydman et L. Hennebel, « La responsabilité des entreprises transnationales pour les violations des droits de l'homme : l'affaire Total-Unocal devant les juridictions américaines et européennes ».

- ⁵ TGI Paris (réf.), 22 mai 2000, 11 août 2000 et 20 novembre 2000. Toutes les décisions, ainsi que les rapports et les actes de procédures sont publiés en ligne à l'adresse suivante : <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20000522-asg.htm> (dernière visite le 30 juin 2007). Pour une analyse de ces décisions : B. Frydman et I. Rorive, « Fighting Nazi and Anti-Semitic Material on the Internet: the Yahoo! Case and its Global Implications » *available online at* <http://pcmlp.socleg.ox.ac.uk/YahooConference/>
- ⁶ Arrêt de la cour d'appel fédérale du 9^{ème} circuit (Californie) du 12 janvier 2006 : Yahoo ! Inc. v. La Ligue Contre le Racisme et l'Antisémitisme (2006), 433 F.3d 1199.

ont été introduites, notamment devant la justice indonésienne par des délégués syndicaux abusivement licenciés, qui ont d'ailleurs finalement gain de cause, après des années de combats. Mais, il est apparu à l'évidence pour ceux qui luttent contre les sweatshops qu'il était préférable d'agir directement contre Nike, même si la société n'était pas le propriétaire des usines, plutôt que contre ses sous-traitants et de porter l'affaire devant la justice américaine, en vue de saisir l'opinion publique occidentale et de faire pression sur la société Nike directement sur son marché, ce qui d'ailleurs a assez bien réussi⁷.

Si aucune de ces affaires n'a formellement abouti à une condamnation ni même à une décision définitive, elles ne sont pas pour autant, comme on vient de le voir rapidement, demeurées sans effets et elles se sont souvent soldées par des transactions relativement favorables aux victimes. Tout le monde n'applaudit pas pour autant à ces nouvelles formes de combat pour la justice qui divisent par ailleurs la communauté judiciaire. Parmi les reproches et les objections que l'on adresse à ce type d'actions et aux risques potentiels de leur généralisation, j'en retiendrai deux.

Le premier reproche critique l'impérialisme de la démarche qui sous-tendrait ce type d'actions. L'argument impérialiste consiste à montrer que ces actions judiciaires supposent (ce qui est d'ailleurs exact) l'affirmation d'une compétence judiciaire extraterritoriale, qui constitue une atteinte à la souveraineté de l'État sur le territoire duquel les faits ont été commis, dans l'une de ces compétences régaliennes, à savoir l'administration de la justice sur son territoire. Si l'on ajoute à cela le fait que les juges saisis sont presque toujours des juges américains ou européens et que les réclamations des victimes sont fondées sur les valeurs proclamées universelles des droits de l'homme, on aura compris pourquoi certains voient dans cet interventionnisme de la justice occidentale la manifestation d'une nouvelle forme d'impérialisme, voire de néocolonialisme, les États occidentaux tentant d'obtenir par le moyen de leur système juridique et de leurs juges et en faisant pression sur leurs sociétés transnationales ce qu'ils ne parviendraient plus à obtenir par la voie diplomatique ou dans les enceintes des organisations internationales.

Mais, s'il est permis effectivement de voir dans ces actions une forme nouvelle d'ingérence humanitaire, on notera cependant qu'il est difficile d'en faire grief à l'État du for, lequel se montre le plus souvent pusillanime sinon franchement hostile par rapport à l'activisme de ses juges, de même d'ailleurs que le parquet et l'administration de la justice. C'est ainsi qu'on a vu l'administration Bush intervenir systématiquement en qualité d'*amicus curiae* pour s'opposer à la revitalisation d'une ancienne loi, l'Alien Tort Claims Act, qui sert de véhicule pour engager des actions relatives à des violations des droits de l'homme commises à l'étranger, notamment par des entreprises américaines. La question a été portée jusqu'à la Cour suprême des États-Unis, où le gouvernement américain a été rejoint par plusieurs États étrangers, ainsi que par la Commission européenne, pour exprimer leur commune opposition à de telles actions⁸. On a vu également comment la Belgique a été contrainte, sous la pression étrangère, à réviser à plusieurs reprises et finalement à abroger sa loi généreuse de compétence universelle⁹, que le

⁷ Voyez l'arrêt de la Cour suprême de Californie du 2 mai 2002 : *Kasky v Nike Inc.* (2002), 27 Cal. 4th 939, 45 P. 3d 243. Le *certiorari* accordé par la Cour suprême des États-Unis en vue de revoir cet arrêt a été retiré par la Cour (*Nike v Kasky* (2003) 539 U.S. 654).

⁸ *Sosa v. Alvarez-Machain* (2004), 542 US 692.

⁹ La loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves au droit international humanitaire, communément appelée loi belge de compétence universelle,

parquet avait d'ailleurs montré bien peu de zèle à mettre en œuvre lorsqu'elle était encore en vigueur¹⁰. Si intervention il y a, c'est bien aux juges qu'il faut l'imputer. Et peut-on dans ce cas parler d'ingérence, lorsqu'on sait (c'est une règle fondamentale de notre procédure), que les juges ne se saisissent pas eux-mêmes, mais sont saisis par les parties. Quand bien même on voudrait voir dans ce mouvement la marque de l'idéologie des droits de l'homme et de la culture judiciaire occidentale, il faudrait donc en imputer la responsabilité aux forces vives de la société civile, qui sont à l'origine de ces actions, plutôt qu'aux juges qui n'en ont pas l'initiative, aux États qui y sont hostiles ou pour le moins réservés, ou au monde des affaires qui les appréhende comme une dangereuse menace.

La seconde critique dénonce le chaos que représente cette justice globale laissée à l'initiative des activistes de tout bord et à l'arbitraire des juridictions nationales. Il est exact que là aussi les actions judiciaires dont nous avons parlé suscitent fréquemment des concours de juridictions et parfois même des conflits de juridictions, qui sur le plan juridique sont parfois sans solution. Il est également incontestable que l'on ne saurait trouver dans le libre accès à la justice la base d'un nouvel ordre juridique global, cohérent, complet et effectif. Mais telle n'est sans doute pas non plus l'ambition de ceux qui initient ces actions. En réalité, ces deux critiques, qui d'ailleurs se cumulent et se complètent, s'inscrivent dans la logique de l'ordre juridique international moderne, fondé sur la souveraineté des États, affirmée par le droit international public, et sur la répartition des compétences judiciaires, plus ou moins organisée par le droit international privé. Le droit d'accès à la justice qui sous-tend fondamentalement toutes les actions judiciaires que nous évoquons s'inscrit lui dans une toute autre logique qui n'est pas celle de l'ordre international des États, mais bien celle d'un droit commun à l'humanité, c'est-à-dire dans une perspective cosmopolitique qu'il va nous falloir à présent approfondir afin d'en découvrir le fondement philosophique.

II. Du sentiment d'injustice au devoir d'hospitalité

Le concept d'un droit cosmopolitique a été proposé par Kant, à la toute fin du 18^{ème} siècle¹¹, dans son texte Pour la Paix perpétuelle. C'est un texte bref et pourtant un grand texte, clair et d'une compréhension aisée. Il a, avec d'autres ouvrages de Kant, contribué à clarifier considérablement les principes directeurs du droit international public, notamment son fondement volontariste et le principe

avait été dans un premier temps modifiée par la loi 10 février 1999 dans un sens extensif, afin d'y inclure les crimes de génocide et contre l'humanité et d'empêcher que les auteurs ne puissent se prévaloir de leur immunité. Suite à la condamnation de la Belgique par la Cour internationale de justice en 2002, pour avoir méconnu l'immunité des chefs d'État, à la multiplication des plaintes, notamment contre des personnalités importantes de l'administration américaine et aux pressions consécutives de celle-ci, la compétence universelle a été revue dans un sens restrictif cette fois par la loi du 23 avril 2003, sans mettre fin cependant aux difficultés diplomatiques. La loi du 5 août 2003 a finalement abrogé la loi de 1993 et modifié le Code pénal, le titre préliminaire du Code de procédure pénale et le Code d'instruction criminelle en vue de permettre, dans certaines conditions, la poursuite des infractions graves au droit international humanitaire.

¹⁰ En ce sens, D. Vandermeersch, « La situation belge », in A. CASSESE, M. DELMAS-MARTY, (dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, PUF, 2002, pp. 98-99.

Vandermeersch connaît bien la question puisqu'il a lui-même instruit plusieurs de ces affaires alors qu'il était juge d'instruction à Bruxelles.

¹¹ Le texte a été rédigé en 1795.

de l'égalité souveraine des États. Il a en outre inspiré le droit international contemporain, notamment dans l'entre-deux-guerres puisque l'on sait que le terme même de « Société des Nations » a été emprunté à Kant et spécialement au traité sur la Paix perpétuelle. C'est, comme on sait, le propre des grandes œuvres philosophiques de pouvoir être relues à toutes les époques et réinterprétées dans des contextes nouveaux. C'est ce qu'a fait notamment Jürgen Habermas en publiant à l'occasion de son bicentenaire un petit livre en hommage et en écho au traité kantien sur la paix perpétuelle¹². De même, le titre de ce séminaire « Justice et Cosmopolitisme » s'inscrit dans une perspective kantienne et plusieurs intervenants ont d'ailleurs fait allusion ou utilisé le texte de Kant sur la paix perpétuelle. Ils ont pointé spécialement, comme le font le plus souvent les philosophes contemporains, la thèse suivant laquelle il faut renoncer à la perspective d'une monarchie universelle, laquelle n'est ni réaliste ni véritablement souhaitable, pour lui préférer l'idée d'une fédération d'États indépendants. Cette réduction de la Paix perpétuelle à la thèse de l'organisation internationale d'une communauté d'États souverains ne rend cependant pas justice à la conception par Kant d'un droit global (j'utilise à dessein cet anachronisme pour bien me faire comprendre). Ce qui constitue à mon sens la grande richesse de ce texte sur la Paix perpétuelle et qui en fait un outil précieux pour comprendre la mondialisation et ses conséquences juridiques (car c'est bien un texte sur la mondialisation et ses effets sur le droit), c'est qu'il envisage celle-ci non pas seulement au niveau du droit international, mais simultanément à trois niveaux différents, mais étroitement corrélés les uns aux autres.

Nous n'avons pas le temps de lire ici en détail l'ouvrage de Kant et de suivre pas à pas le cheminement de sa pensée. Je me borne à en résumer grossièrement les thèses. Pour Kant, l'instauration d'une paix perpétuelle ou, ce qui revient au même, d'un état de droit mondial se fonde sur l'instauration complémentaire d'un triple rapport de droit public. Il suppose d'abord, au niveau du droit interne, que tous les États adoptent une constitution républicaine. Il implique ensuite, au niveau du droit international, que ces États républicains constituent la fameuse fédération d'états libres, dont nous venons de parler. Il prévoit enfin l'instauration d'un droit cosmopolitique, limité aux conditions de l'hospitalité universelle, sur lequel je reviendrai dans un instant.

Mais ce qui est décisif, c'est de bien comprendre le statut de ce texte et le plan sur lequel Kant se situe. Ce qu'il faut bien comprendre, c'est que La paix perpétuelle (qui présente avec un autre texte, L'idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique, des affinités évidentes et profondes) se situe dans une perspective historique et non du point de vue de la raison pratique. En clair, Kant dans ce texte n'envisage pas, contrairement à ce qu'on pourrait croire, la paix perpétuelle d'un point de vue idéaliste, en fixant les conditions logiques et nécessaires de sa réalisation, de manière en quelque sorte purement conceptuelle, mais sans tenir compte des circonstances et des obstacles historiques. Au contraire, Kant examine comment l'histoire de l'humanité doit nécessairement nous conduire à l'établissement d'une paix perpétuelle ou d'un état de droit global. Comme il l'écrit lui-même, Kant se situe dans ce texte sur le plan de la nature. Et je cite Kant : « Lorsque je dis de la Nature : elle veut que telle ou telle chose arrive, cela ne signifie pas qu'elle nous impose un devoir de le faire (car cela, seul le peut la raison pratique libre de toute contrainte) ; c'est elle qui le fait elle-même, que nous le voulions ou non »¹³. C'est donc du point de vue de la nature (ou, ce qui revient au même, de l'histoire) que les trois niveaux de droit public, que je viens de citer,

¹² J. Habermas, *La Paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée kantienne*, Paris, Ed. du Cerf, 1996.

¹³ E. Kant, *Pour la Paix perpétuelle*, 1^{ère} adjonction.

interfèrent entre eux. Car la concurrence internationale des États leur impose de stimuler au maximum le développement culturel et commercial, ce qui nécessite d'accorder la liberté aux citoyens et donc d'instaurer une constitution civile républicaine. Or cette constitution républicaine pousse, selon Kant, à la mise hors la loi de la guerre, car les citoyens ne sauraient vouloir eux-mêmes provoquer les violences dont ils seront les premiers à pâtir. Et parallèlement, le développement du commerce et des voies de communication sur toute la surface du globe (en quoi consiste précisément la mondialisation) exige des relations pacifiques et légalisées entre les êtres humains, par delà les frontières des États, indépendamment donc de l'ordre international, qui est constitutive de la sphère proprement cosmopolitique.

Le texte de Kant relève donc de la spéculation historique et de la prédiction. Bien sûr, historiquement, Kant s'est trompé. Comme le note Habermas¹⁴, Kant n'a pu prévoir et il n'a pas prévu le déchaînement de deux guerres mondiales et les horreurs du totalitarisme. Et pourtant, même si c'est curieux à dire cette prédiction demeure pour nous d'actualité et nous donne aujourd'hui un horizon pour penser le cosmopolitisme¹⁵.

J'en arrive précisément au droit cosmopolitique, dont le contenu se limite chez Kant à un seul droit subjectif, mais de nature politique, reconnu à chaque être humain vis-à-vis de tous les autres et qui est précisément le droit à l'hospitalité. Encore cette notion d'hospitalité est-elle entendue par Kant dans un sens restrictif. « Il n'est pas question ici de philanthropie, mais du Droit (...) »¹⁶, nous dit Kant. Aussi, ce droit prétendument à l'hospitalité n'implique pas, dans le chef de celui qui en bénéficie, le droit d'être reçu (sauf si c'est nécessaire à sa survie), mais seulement un « droit de visite », « le droit qu'a un étranger arrivant sur le sol d'un autre de ne pas être traité en ennemi par ce dernier »¹⁷. L'affirmation de ce droit cosmopolitique, nous confie encore Kant, n'est en rien une idée « chimérique et extravagante de concevoir le droit », mais un « complément nécessaire » au droit interne et au droit international. Il se fonde sur la solidarité que la mondialisation fait prévaloir, de manière plus ou moins étroite mais à peu près partout, entre les peuples de la terre. Et cette solidarité se manifeste elle-même par le fait que : « une violation du Droit en un seul lieu est ressentie partout ailleurs (...) »¹⁸.

Ce dernier point me paraît fondamental et je voudrais y insister. Le droit cosmopolitique, ce lien politique qui unit tous les hommes entre eux et qui les oblige au mieux à l'hospitalité et au moins à ne pas se traiter en ennemis, repose sur le fait qu'une violation du droit en n'importe quel endroit de la terre est ressentie partout et ressentie (cela Kant ne l'écrit pas) comme une injustice. Si on lit bien, le droit cosmopolitique repose en définitive sur un sentiment. Pour comprendre la nature de ce sentiment, il faut je crois se reporter aux empiristes écossais, en particulier David Hume que, comme chacun sait, Kant avait beaucoup lu et médité, et aussi Adam Smith¹⁹. Le texte sur la paix perpétuelle, comme les textes sur l'histoire, s'inscrit dans une perspective que ne renierait pas la pensée empiriste, laquelle considère le droit et la justice comme le produit d'une histoire, plutôt que sous la forme d'un système. Les empiristes s'interrogent sur l'origine du

¹⁴ J. Habermas, *op. cit.*, pp. 9 et 27-28.

¹⁵ Je rejoins sur ce point aussi J. Habermas, *op. cit.*, p. 28 et s.

¹⁶ E. Kant, *op. cit.*, 3^{ème} article définitif.

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ Smith n'est pas seulement l'auteur de *l'Enquête sur la richesses des Nations*, mais aussi d'un important *Traité sur les sentiments moraux*, ainsi d'ailleurs que de conférences de théorie du droit (*Lectures on Jurisprudence*) non traduites en Français.

droit, de la morale et de la politique, ainsi que sur le sens de leur évolution²⁰. Ces philosophes sont d'ailleurs d'une grande utilité pour penser aujourd'hui les conséquences de la mondialisation, car ils développent une philosophie de la justice et du droit qui n'est pas encore obnubilée par la question de l'État. Nous n'avons pas le temps d'entrer ici dans le détail de leur pensée, mais du moins pouvons-nous relever que David Hume et Adam Smith considèrent eux aussi la justice, qu'ils situent à l'origine de la morale et du droit, comme un sentiment et non comme une idée. Chez Hume et Smith, la justice est à plusieurs titres une vertu négative, et d'abord en ce sens que la justice se révèle à nous lorsqu'elle est violée²¹. La justice n'est ni une règle qui dirige notre conduite, ni même une idée de la raison, mais notre sens de la justice résulte du sentiment, de l'émotion, de l'impression que nous ressentons lorsqu'un tort est causé à autrui, même lorsqu'il est éloigné de nous et ne nous affecte pas directement²². Le tort causé à la victime, le malheur qui la frappe injustement, la souffrance que nous imaginons qu'elle en éprouve déclenchent chez le spectateur un sentiment de sympathie, qui lui fait également souhaiter et approuver le châtement du coupable. La justice ne trouve donc pas son fondement dans des règles générales, des principes éternels et immuables ni même des relations nécessaires, mais elle surgit toujours à l'occasion de situations particulières et concrètes, perçues dans un certain contexte d'un point de vue particulier et consiste, résume Smith, dans le verdict du spectateur impartial²³ sur ce qui constitue un préjudice dans des situations concrètes sur le degré convenable de ressentiment et de châtement attaché à un cas²⁴. Dans la théorie du droit de Smith, le juge est bien entendu par excellence ce spectateur impartial auquel il revient de prononcer ce verdict²⁵.

Ces textes rédigés au 18^{ème} siècle captent très bien, me semble-t-il, le sentiment qui anime les défenseurs des droits de l'homme et les juges, mais plus généralement le sentiment qui nous anime tous lorsque nous prenons connaissance des situations souvent insupportables qui sont à l'origine de ces affaires judiciaires dont nous traitons aujourd'hui. Hume et Smith donnent une bonne idée de l'état de la justice mondiale lorsqu'ils la définissent comme la réaction de sympathie et la volonté de sanction qui nous animent lorsque nous prenons conscience de ce que nous ressentons de notre point de vue comme la commission d'une injustice dans le monde.

²⁰ Outre les travaux de Hume et Smith que nous évoquons brièvement ici, on peut également mentionner, dans la même perspective, *L'essai sur l'histoire de la société civile* d'Adam Ferguson (Paris, P.U.F., col. « Léviathan », 1992).

²¹ Comme l'exprime très bien K. Haakonsen : « (...) la justice gagne son statut moral et social spécifique en raison de son caractère de vertu négative, fondée sur le ressentiment que provoque son absence. Cette théorie forme la base de la jurisprudence de Smith, sous ses aspects analytique, critique et historique » (*L'art du législateur. La jurisprudence naturelle de David Hume et d'Adam Smith*, Paris, P.U.F., col. « Léviathan », 1998, p. 140).

²² Ainsi D. Hume dans la 3^{ème} partie de son *Traité de la nature humaine*, consacrée à la morale : « (...) le sens de la justice n'a pour fondement ni la raison ni la découverte de certains liens et de relations entre les idées qui sont éternelles, immuables et universellement obligatoires » et un peu plus loin : « Par conséquent, le sens de la justice ne se fonde pas sur nos idées, mais sur nos impressions (III, II, II).

²³ On retrouvera bien évidemment cette expression de manière centrale dans la philosophie utilitariste de J. Bentham, mais elle est déjà présente sous la plume de Smith.

²⁴ *L'art du législateur*, op. cit., p. 215.

²⁵ *Idem*, p. 201.

Je veux cependant faire un pas de plus, car la justice chez Hume et Smith est également une vertu négative en cet autre sens qu'elle consiste presque uniquement à ne pas nuire à autrui et qu'il suffit souvent pour remplir les règles de la justice de se borner à ne point agir²⁶. De même, dans la conception restrictive de l'hospitalité qu'il développe dans la Paix perpétuelle, Kant fait du devoir d'hospitalité une obligation simplement négative, le devoir de ne pas traiter l'autre en ennemi, mais non de le recevoir, sauf s'il y va de sa vie. Sur ce point, nous avons fait du chemin depuis le 18^{ème} siècle : l'histoire nous a contraints d'évoluer. Nous ne pouvons plus affirmer sur un plan moral ni même sur un plan strictement juridique que l'interpellation de l'injustice impliquerait seulement dans notre chef une obligation de ne pas faire. Depuis lors, nous avons introduit dans notre droit le délit de non-assistance à personne en danger, nous avons considéré dans des circonstances terribles de notre histoire que se taire face à l'horreur constituait déjà une forme de complicité. Aussi bien l'obligation morale sur laquelle ses partisans fondent le droit d'ingérence ou même le devoir d'intervention humanitaire, cette obligation ne justifie-t-elle pas à plus forte raison que l'on ne ferme pas la porte du tribunal à la victime qui réclame justice et qui n'a pas d'autre lieu pour se faire entendre. Le sentiment de cette obligation doit peser lourd dans le débat intérieur ou collégial des magistrats qui ont à répondre à ces demandes et peut expliquer à suffisance, me semble-t-il, le prétendu « activisme » dont feraient preuve les juges qui se résolvent à les examiner. Mais, peut-on transformer cette intuition morale, redécouverte grâce à la lecture des philosophes, en un droit positif d'accès à la justice ? Ce sera l'objet de la dernière partie de cet exposé.

III. Vers l'affirmation d'un droit universel d'accès à la justice

Dans l'état présent, le droit positif ne reconnaît pas l'existence d'un droit universel d'accès à la justice, mais je voudrais montrer, dans cette dernière partie, que le droit des droits de l'homme porte en lui les ressources nécessaires à l'affirmation d'un tel droit et à sa reconnaissance. Je me contenterai ici d'en esquisser les pistes, qui devront être creusées plus avant avec la collaboration des spécialistes.

Le droit international des droits de l'homme ouvre une première piste en garantissant aux victimes des violations, le droit à un recours effectif. Le principe en est affirmé dans l'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, où il a été inclus, par voie d'amendement, en s'inspirant de la procédure d'amparo des États latino-américains et plus précisément de l'article 18 de la Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme, qui débute ainsi : « Toute personne peut recourir aux tribunaux pour faire valoir ses droits ». L'article 8 de la Déclaration universelle a fortement inspiré le Pacte de New York sur les droits civils et politiques (art. 2-3), de même que l'article 13 de la Convention européenne de sauvegarde, qui garantit juridiquement le droit au recours effectif²⁷.

Le droit au recours effectif est une sorte d'hybride qui crée à la fois une obligation dans le chef des États, celle de prévoir et d'organiser un recours, et un droit subjectif individuel, un droit de l'homme spécifique en quelque sorte²⁸. Mais la formulation de ce droit, tant au niveau du Pacte que de la Convention européenne,

²⁶ A. Smith, *Traité des sentiments moraux*, Paris, P.U.F., Léviathan, 1999, p. 133.

²⁷ A. Drzemczewski et Ch. Giakoumopoulos, « article 13 » in Pettiti, Decaux et Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999, p. 456. Pour une étude approfondie de cette question, voyez P. Mertens, *Le droit de recours effectif devant les instances nationales en cas de violation d'un droit de l'homme*, Bruxelles, éd. de l'Université, 1973.

²⁸ A. Drzemczewski et Ch. Giakoumopoulos, *op. cit.*, p. 457.

est très claire : il garantit précisément mais uniquement un recours « devant une instance nationale ». Ce recours national est d'ailleurs conçu comme le préalable du recours international auprès de la Cour européenne ou du Comité des droits de l'homme de Genève²⁹. Cette précision pose évidemment un problème majeur pour ce qui nous concerne, puisque nous étudions précisément le cas de figure où, les juridictions nationales faisant défaut, la victime s'adresse à une juridiction étrangère. Il s'agit en réalité d'une expression particulière du paradoxe habituel du droit international des droits de l'homme, qui confie aux États, qui sont parfois les pires violateurs des droits de l'homme, le soin de garantir les droits fondamentaux de leurs ressortissants et qui laissent donc entièrement démunis ceux qui vivent dans des États faibles ou autoritaires. Cependant, la portée du texte est telle qu'on en sortira difficilement : le fait que les instances nationales ne garantissent pas effectivement un recours ne crée pas pour autant de droit à saisir une juridiction étrangère ni ne force celle-ci à en connaître³⁰.

Toutefois, si la piste du droit au recours effectif nous est ainsi barrée, une autre voie, plus prometteuse, s'offre à nous par le vecteur de l'article 6 de la Convention européenne, qui énumère, comme on sait, les garanties du procès équitable. Dans un arrêt de principe, déjà ancien puisqu'il date de 1975, l'arrêt *Golder c. Royaume-Uni*, la Cour européenne des droits de l'homme a affirmé sans ambiguïté que le droit au procès équitable implique, comprend et garantit un « accès au juge ». L'article 6-1 énonce que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...) par un tribunal ». Il présuppose donc nécessairement que toute personne a « droit à un tribunal », indique la Cour, qui fonde son interprétation sur les principes universels du droit des gens : « Le principe selon lequel une contestation civile doit pouvoir être portée devant un juge compte au nombre des principes fondamentaux de droit universellement reconnus ; il en va de même du principe de droit international qui prohibe le déni de justice. L'article 6-1 doit se lire à leur lumière » (§ 35).

La Cour européenne des droits de l'homme admet pourtant que ce droit n'est pas absolu. Il appelle, par sa nature même, une réglementation par l'État³¹, mais ces restrictions ne peuvent conduire à supprimer, en droit ou en fait, la substance même du droit au juge³². Il en va de même des entraves notamment juridiques qui font obstacle au droit d'accès. La France a ainsi été condamnée, à deux reprises³³, dans les suites de l'affaire du sang contaminé, après un arrêt de la Cour de cassation³⁴, qui avait refusé d'admettre, faute d'intérêt à agir, que les personnes hémophiles atteintes du virus HIV et indemnisées par un fonds créé spécialement à cet effet par le Législateur, saisisse une juridiction pour obtenir la réparation de leur préjudice³⁵. À propos d'une autre entrave juridique, l'immunité de juridiction internationale dont bénéficient les organisations internationales, la Cour de

²⁹ C'est le fameux « épuisement des voies de recours internes » qui conditionne la recevabilité du recours international.

³⁰ De fait, l'article 13 de la Convention donne en pratique lieu à peu de recours.

³¹ *Ashingdane c. Royaume-Uni* (1985), § 57.

³² R. Koering-Joulin, « Article 6 », in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, op. cit., p. 259.

³³ *Bellet c. France* (1995) et *F.E. c. France* (1998). La Cour de Strasbourg reproche en particulier au mécanisme législatif de manquer de clarté quant aux modalités d'exercice de recours et aux limitations découlant de leur exercice simultané.

³⁴ Civ. 2^{ème} ch., 26 janv. 1994, M. X. c. Fondation nationale de transfusion sanguine.

³⁵ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 8^{ème} éd., Paris, P.U.F., p. 357.

Strasbourg a admis cette « limitation implicite » du droit d'accès, mais en la subordonnant à l'ouverture d'autres voies en droit interne pour protéger les droits des personnes³⁶. Par contre, elle a admis sans condition la limitation découlant de l'immunité de juridiction des États, ce que regrette la meilleure doctrine française, en la personne de Frédéric Sudre³⁷.

Enfin, la jurisprudence de la Cour européenne sanctionne toute discrimination dans l'accès au juge. Dans le tout premier arrêt qu'elle a rendu en 1961, dans l'affaire *Lawless c. Irlande*, elle s'opposait déjà à ce qu'un membre de l'IRA soit exclu, en qualité de terroriste, de la protection de la justice³⁸. De manière générale, le juge européen des droits de l'homme sanctionne comme une atteinte à la substance du droit d'accès, les règles procédurales empêchant certains sujets de droit, qu'ils s'agissent de personnes physiques ou morales, d'agir en justice³⁹. Dans la ligne de cette jurisprudence européenne, la Cour de cassation française a logiquement écarté, comme contraire à l'article 6 de la Convention européenne, la règle qui subordonnait le droit d'agir en justice des sociétés étrangères à une autorisation délivrée par décret⁴⁰.

Si cette jurisprudence dynamique ne permet pas encore d'affirmer aujourd'hui l'existence d'un droit d'accès à la justice au profit des personnes se trouvant sur le territoire du Conseil de l'Europe qui se prétendent victimes de la violation de leurs droits fondamentaux et qui sont privées de tout recours dans la justice du pays où ces violations ont été commises, on voit bien qu'on en est pas très éloigné et qu'il suffirait peut-être d'un nouveau pas ambitieux dans la bonne direction pour y parvenir. L'occasion en sera peut-être fournie prochainement par le volet belge de l'affaire *Total en Birmanie*, puisque les conseils d'un plaignant birman débouté dans cette affaire ont manifesté leur intention d'introduire un recours contre la décision de la Cour de cassation belge devant la Cour européenne des droits de l'homme (ou le Comité des droits de l'homme de l'O.N.U.). En l'espèce, la Cour de cassation a dessaisi le juge d'instruction de l'affaire, introduite dans le cadre de la loi belge de compétence universelle qui avait été abrogée dans l'intervalle, au motif que le plaignant, bien qu'établi en Belgique en qualité de réfugié, ne jouissait pas de la nationalité belge. Cette condition, effectivement prévue la loi, avait pourtant été déclarée contraire à la Constitution par la Cour constitutionnelle belge, comme introduisant une discrimination contraire au droit international entre les nationaux et les réfugiés, avant d'être annulée par la même Cour⁴¹. Nous verrons si la juridiction internationale qui sera saisie se servira de cette occasion pour faire avancer la jurisprudence dans la voie de la reconnaissance d'un droit universel à la justice.

*

En guise de conclusion, résumons de manière succincte l'objet du propos. La mondialisation implique, comme l'enseignait déjà Kant, que toute injustice commise à un endroit quelconque de la planète est ressentie partout. Ce sentiment crée un lien politique entre tous les hommes, par delà les frontières des États, qui

³⁶ *Beer et Regan c. Allemagne et Waite et Kennedy c. Allemagne* (2 espèces, 1999).

³⁷ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 364 et les références citées aux arrêts de la Cour.

³⁸ R. Koering-Joulin, « Article 6 », in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, op. cit., p. 243.

³⁹ F. Sudre, op. cit., p. 366 et la référence à l'arrêt *Les Saints-Monastères c. Grèce* (1994).

⁴⁰ F. Sudre, op. cit., p. 366 et les références citées à la jurisprudence de la Cour de cassation.

⁴¹ Pour plus de détails et de précisions, voir les articles de Frydman et Hennebel, cités ci-dessus note 5.

les obligent à accueillir les victimes des violations des droits de l'homme. Lorsque celles-ci sont privées de recours devant la justice de leur pays, ce lien politique implique la reconnaissance d'un droit d'accès devant les juridictions étrangères et contraint celles-ci à écouter leur plainte. Ce droit d'accès universel à la justice constitue, sur le plan philosophique, le fondement procédural du droit cosmopolitique. Ce droit n'est pas encore à ce jour effectif, mais il pourrait le devenir par une interprétation dynamique de la jurisprudence prometteuse sur le droit d'accès au tribunal, telle qu'elle se développe notamment en Europe, sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.