

Droit et action humanitaires à l'épreuve des conflits perceptions, pesanteurs, projections (*)

PAR

KATIA BOUSTANY (**)

ET

DANIEL DORMOY (***)

(*) Ce rapport de synthèse vise à refléter les interventions et les débats subséquents lors du Colloque et, pour cela fait référence aux divers intervenants. Cependant les auteurs prient les intervenants de les excuser au cas où ils n'auraient pas fidèlement traduit leur pensée. En tout état de cause, les opinions exprimées dans ce rapport n'engagent que ses auteurs.

(**) Katia Boustany est professeur à l'Université du Québec à Montréal.

(***) Daniel Dormoy est professeur à l'Université de Paris-Sud (XI), Chaire Jean Monnet.

Devenus un enjeu majeur des relations internationales et de la rhétorique politique contemporaines, le droit et l'action humanitaires ne manquent pas de subir les effets pervers de cette promotion à l'avant-scène de l'échiquier mondial. Certes, les difficultés de mise en œuvre du droit international humanitaire comme celles du déploiement de l'action humanitaire destinée à protéger et soulager les victimes de conflits – combattants et populations – sont pratiquement consubstantielles à l'existence de ces deux types de dispositifs si étroitement complémentaires. Toutefois, il semble bien que par leur nature, leur structure et leur intensité, de même par les réponses que la communauté des Etats a tenté d'y apporter, les conflits éclatés depuis le dernier quart du XX^e siècle interrogent vigoureusement à la fois l'efficacité de ce couple humanitaire – droit et action – et la portée des moyens envisagés pour en assurer l'effectivité.

Dès lors, une réflexion collective s'impose pour tenter de faire le point sur les problèmes qui se posent, sur leur origine ou leur raison d'être, sur les solutions ou les réponses susceptibles d'être apportées afin d'obtenir sur le théâtre des opérations une meilleure protection des personnes dont le droit et l'action humanitaires sont supposés être les garants. A cet égard, les débats manifestent la complexité des situations et des phénomènes qui les sous-tendent en toile de fond, parfois même les accompagnent comme pour en souligner la tragique essence.

Très vite, une première série d'observations retient l'attention : la grande majorité des confrontations armées sont des conflits internes, très souvent d'ailleurs des conflits ethniques (93); aussi le problème fondamental de la violence doit-il être pris en compte lorsqu'on aborde le droit humanitaire et les droits de la personne (94). En outre, il faut noter d'une part, l'existence d'un décalage entre le droit et la réalité, et d'autre part une méconnaissance ou une ignorance du droit qui mettent en relief les aléas de sa diffusion (95). Enfin, la critique adressée à ce corpus juridique par un guéril-

(93) Peter LEUPRECHT.

(94) Peter LEUPRECHT.

(95) Peter LEUPRECHT.

lero (96) selon lequel le DIH est un droit des États et non un droit des peuples, tout comme l'enquête effectuée par le CICR (97) soulève la question de la perception du droit, de la mesure de sa présence à l'esprit des acteurs sur le terrain qui souvent, comme en Yougoslavie par exemple, non seulement ne le respectent pas mais en tirent même une fierté (98).

Considéré comme le point de chute du droit international, le DIH tend à établir un compromis – qui peut paraître impossible – entre les nécessités militaires et les impératifs humanitaires, les premières s'exprimant en exigences concrètes et les seconds en exigences morales (99). Dans cette perspective, s'interroger sur l'efficacité du DIH, c'est-à-dire sur son aptitude à réaliser l'objectif poursuivi, et sur son effectivité qui se traduit par le respect de la règle préétablie (100), ne conduit pas nécessairement à une appréciation désabusée.

En effet, même si l'ineffectivité au moins partielle est la destinée ordinaire des règles de droit, l'examen de l'effectivité du DIH aux trois niveaux de sa mise en œuvre – son insertion dans l'ordre interne, son application dans l'ordre international et la sanction de ses violations (101) – autorise quelques constats intéressants : sur le plan interne, s'agissant de la portée de l'engagement des États, l'effectivité du DIH reste très partiellement limitée dans la mesure où l'*exceptio non étatiques contractus* est rejetée, l'inaliénabilité des droits est affirmée et la protection générale des belligérants et des populations demeure garantie en tout temps par les termes de la Clause Martens (102); dans la sphère internationale, le pouvoir unilatéral des États en matière d'interprétation et d'application du DIH est bien mieux cantonné si l'on compare avec le droit interna-

(96) La première séance du colloque avait débuté par la projection d'un film vidéo réalisé par le CICR et dans lequel un guérillero avait remis en cause le droit international humanitaire en tant que dispositif conçu par les États. La réflexion du guérillero alimentera certaines discussions au cours des trois journées de débats.

(97) Les participants au colloque avaient bénéficié d'une présentation par Lise BOUDREAU de quelques résultats préliminaires de la vaste enquête/consultation qui avait été lancée par le CICR sous le titre « Voies »; certaines données ainsi recueillies nourriront également les débats et la réflexion sur le droit et l'action humanitaires.

(98) Peter LEUPRECHT.

(99) Michel DEYRA.

(100) Michel DEYRA.

(101) Michel DEYRA.

(102) Michel DEYRA.

tional public – DIP en général, notamment en raison de la précision de la norme juridique dont l'avantage – nonobstant la complexité de ce dispositif juridique – est de freiner toute velléité d'interprétation fantaisiste de la part de certains États, et en raison du rôle central du CICR comme gardien mandaté des Conventions et des Protocoles et qui assure le respect de ce droit (103); quant à la sanction des violations, l'originalité du DIH réside dans la responsabilité pénale individuelle assortie, récemment, de l'élargissement des incriminations et de l'amélioration de la répression par la mise en place de juridictions internationales – Nuremberg, Tokyo, Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie – TPIY et pour le Rwanda – TPIR, Cour pénale internationale – CPI – contrebalançant l'échec de la compétence universelle (104).

A travers ces trois phases d'exécution, le DIH paraît mieux loti que le DIP général car il bénéficie de plus en plus d'une approche rationnelle qui est devenue une donnée tactique et stratégique dans la conduite des opérations militaires (105).

Parallèlement, toutefois, des périls non négligeables guettent, voire entravent l'humanitaire – ainsi qu'il est désormais convenu de désigner cet ensemble de démarches diversifiées, juridiques et pragmatiques, supposées concourir à la protection et au soulagement de diverses catégories de personnes dans le cadre des conflits armés. A cet égard, s'il faut bien admettre que toute action humanitaire revêt toujours un aspect politique sans doute inévitable ou aboutit à des résultats politiques (106), il n'en demeure pas moins qu'une action humanitaire conduite avec une visible finalité de caractère politique devient inéluctablement l'objet de controverses et de tensions et ne peut plus se dérouler effectivement dans le sens de la protection de la victime (107). Ceci éclaire la position du CICR selon lequel la politisation de l'action humanitaire crée un risque majeur pour les acteurs et opérateurs humanitaires, soutenant qu'il est absolument nécessaire de préserver cet espace apolitique de l'humanitaire (108). Mais comment éviter, par exemple, que les convois humanitaires destinés à aider un groupe de personnes à rejoindre

(103) Michel DEYRA.

(104) Michel DEYRA.

(105) Michel DEYRA.

(106) Luigi CONDORELLI.

(107) Luigi CONDORELLI.

(108) Luigi CONDORELLI.

des lieux sûrs, ne contribuent paradoxalement à favoriser une politique de nettoyage ethnique ? (109)

Question sans réponse, ou double face de Janus ?

Quand le CICR, dans le cadre de son enquête (110), interroge les personnes aux Philippines, au Liban, en Bosnie-Herzégovine, en Israël et dans les Territoires occupés – TO ou dans les Territoires autonomes – TA, sur « l'intervention de la communauté internationale » et le niveau souhaité pour une telle intervention (davantage

(109) Luigi CONDORELLI.

(110) Un portrait succinct de la méthodologie d'enquête/consultation avait également été brossé par Lise BOUDREAUlt lors de sa présentation d'ensemble, dont on peut retenir les éléments suivants pour les fins de la synthèse des débats : 1) la démarche avait un triple objectif : l'aspect juridique de l'application des règles de droit, la réalité plus opérationnelle sur le terrain — à savoir de quelle manière on y amène le DIH, et la réalité de ce que les individus ont connu lors des conflits armés, ce qu'ils ont à dire sur le sujet, sur le terrain humanitaire ; 2) douze pays affectés par la guerre ou par des conflits armés avaient alors été couverts par la consultation : en Amérique, la Colombie et le Salvador ; en Europe, la Bosnie-Herzégovine et la Géorgie-Abkhazie ; en Afrique, la Somalie, l'Afrique du Sud et le Nigéria ; au Moyen-Orient, le Liban et Israël avec les Territoires occupés et les Territoires autonomes ; en Asie, les Philippines, le Cambodge et l'Afghanistan ; dans la plupart des cas les personnes interrogées n'avaient jamais entendu parler des Conventions de Genève, ce qui est fort significatif et intéressant pour la consultation ; 3) le CICR a toujours cherché à travailler avec l'accord des gouvernements quand il y avait des instances gouvernementales sur place, tout en ayant le souci de respecter la méthodologie de la consultation ; 4) dans chacun des pays, la consultation comportait trois parties : i) un questionnaire, représentant la partie quantitative de la consultation ; ii) des « focus groups » pour la collecte de l'information qualitative ; ces « focus groups » ont été déterminés par le CICR sur la base de son expérience pertinente par rapport au pays ; dans tous les pays, il y a eu des « focus groups » avec des combattants ; les autres « focus groups » concernaient des membres de familles ayant perdu des proches, des détenus, des organisations humanitaires locales ; iii) des entrevues en profondeur (« in depth interview ») avec des personnes ayant une expérience de vie pertinente : blessés par des mines antipersonnel, personnes torturées ou ayant torturé ; 4) un exercice miroir, avec la partie quantitative seulement, a été effectué dans cinq autres pays dont les populations sont postulées vivre plutôt en paix et qui, en général, perçoivent la guerre à travers les médias : il s'agit de quatre membres permanents du Conseil de sécurité — les Etats-Unis, la France, la Grande-Bretagne et la Russie — et de la Suisse qui est dépositaire des Conventions de Genève. Les critères de sélection des pays couverts par la consultation étaient, pour l'essentiel, la volonté d'avoir un échantillon de conflits différents, une représentation des différents continents, et la capacité logistique du CICR à mener la consultation — à cet égard, il est notable qu'en certains endroits la consultation n'a pu être effectuée car le CICR s'est vu opposer une fin de non recevoir soit de la part des autorités gouvernementales, soit du côté des rebelles ou d'une autre faction dissidente ; aussi, lorsqu'il n'était pas loisible d'entreprendre la consultation sur l'ensemble du territoire, le CICR renonçait à inclure le pays dans son enquête ; dans d'autres cas l'accès au territoire n'a pas été possible à cause des problèmes de sécurité.

ou moins d'intervention), les réactions et les réponses varieront sensiblement d'un pays et d'une population à l'autre (111). Le même type de variation sera enregistré lorsque la question équivalente, portant à la fois sur l'intervention de la communauté internationale et celle de leur propre pays dans les conflits à l'étranger, sera pareillement adressée dans le cadre de la consultation miroir à des citoyens des quatre membres permanents du Conseil de sécurité (112) inclus dans l'enquête (113). À l'évidence, les perceptions diffèrent quand elles ne divergent pas. Et les Cassandre qui prononcent leurs oracles au nom d'une prétendue « opinion publique mondiale » seraient mieux avisées d'en sonder plus finement les tréfonds.

Cet exercice étonnant (114) de la part d'une organisation qui a toujours adopté une attitude légaliste dans son approche vis-à-vis de la responsabilité des États et qui, entrant dans la dynamique des conflits et dans celle des violations, se tourne ainsi vers d'autres participants aux conflits, y compris les victimes abordées comme acteurs du conflit, pour leur poser des questions radicales sur leur propre perception de l'humanitaire en accordant de l'importance à cette perception (115), s'inscrit dans une démarche dont l'objectif est d'appréhender, de tester l'emprise ou la valeur des principes qui fondent le droit et l'action humanitaires et qui sont défendus par des organismes tel le CICR (116).

Pour s'interroger de la sorte, nul doute qu'un diagnostic initial d'insuffisances avait déjà saisi les esprits au point qu'il devenait inévitable d'en rechercher les causes et d'en affiner les multiples dimensions et aspects. Dans un semblable souci des préoccupations humanitaires, l'analyse conjointe des situations contemporaines et la confrontation des réflexions viseront à dégager les pesanteurs obérant la protection des personnes et des populations par le droit et l'action humanitaires et à évaluer la portée de ce double mécanisme lorsqu'il est intégré à la gestion des conflits.

(111) Lise BOUDREAULT.

(112) Voir note 18.

(113) Lise BOUDREAULT.

(114) Claude BRUDERLEIN.

(115) Claude BRUDERLEIN.

(116) Lise BOUDREAULT.

I. – DIH ET ACTION HUMANITAIRE COMME DISPOSITIFS DE PROTECTION

Généralement appréhendé comme universel du fait de la ratification des Conventions de Genève par la quasi totalité des États (117), le DIH, tel qu'il existe actuellement, n'en est pas moins l'objet d'une critique à deux niveaux : celle de son mode d'élaboration, auquel il est reproché d'avoir pris en compte le seul point de vue des États – ainsi qu'a pu le relever le chef rebelle affirmant que ce droit est le droit des États; et celle de son contenu (118). Pour autant, cela ne signifie pas qu'il faille le modifier, établir de nouvelles normes, car une analyse attentive montre que le problème se rattache à sa mise en œuvre et au respect de ses règles, alors même que les normes existantes font partie de croyances ou de valeurs qui sont partagées (119). Aussi, en matière de diffusion du DIH, le CICR s'est-il interrogé sur l'opportunité et sur la manière de bâtir des ponts entre ce droit universel et les traditions ou coutumes locales, parce qu'il demeure capital d'affirmer l'universalité du DIH et de trouver en même temps des véhicules d'expression permettant de le contextualiser pour le rendre mieux compréhensible par une population locale (120). D'ailleurs, dans une certaine mesure, plusieurs éléments de la consultation menée par le CICR manifestent une interpellation du DIH par la diversité culturelle masquée jusqu'ici par l'illusion qu'a pu entretenir l'universalité des ratifications (121).

Toutes les fractures situationnelles évoquées manifestent une dichotomie entre le principe juridique et son application (122). Ainsi en sera-t-il du principe de distinction : reconnu et endossé dans une perspective juridique, voire à travers une politique tendant à faire respecter le droit, il souffre dans la réalité d'exceptions assorties de justifications presque anthropologiques des violations (123). Or l'une des finalités du droit est, ici, le dépassement des dimensions sociales et mêmes politiques pour établir des préceptes que l'on s'en-

(117) Marion HARROF-TAVEL.

(118) Luigi CONDORELLI.

(119) Lise BOUDREAULT.

(120) Marion HARROF-TAVEL.

(121) René PROVOST.

(122) Claude BRUDERLEIN.

(123) Claude BRUDERLEIN.

gage à respecter et à faire respecter précisément par delà les intérêts politiques, par delà les spécificités des sociétés et des conflits (124).

Toutefois, une chose est de considérer le droit comme tel, une autre est de chercher à saisir les référents des personnes en situation de conflit armé sur lesquels se fonde leur respect des règles juridiques fondamentales car celles-ci ont existé bien avant leur cristallisation dans les Conventions de Genève (125). A cet égard, la consultation du CICR révèle que les limites à la guerre s'établissent rarement sur une base juridique mais plutôt sur la base de coutumes, de valeurs culturelles, du code personnel (très fréquemment cité en Russie) et des convictions religieuses (fortement mises de l'avant dans des pays comme l'Afghanistan ou le Liban) (126). Et puisqu'il est souvent demandé aux personnels humanitaires d'être redevables, force est de reconnaître qu'ils le sont en tout premier lieu vis-à-vis des victimes de conflits ; c'est pourquoi il importe, dans un esprit d'écoute, de savoir comment elles perçoivent le droit qui doit les protéger et les organisations qui s'efforcent de faire respecter ce droit, afin de tirer les enseignements des critiques adressées (127).

Sans aucun doute, les réflexions puisent essentiellement leur source dans l'observation des situations conflictuelles, surtout les plus récentes généralement caractérisées par des déplacements de populations, en sorte qu'à travers un mouvement, somme toute multiforme, de questionnement du droit et de l'action humanitaires se pose, peut-être de façon plus insistante qu'auparavant depuis la fin de la Deuxième guerre mondiale, la problématique capitale de la protection des personnes individuellement et collectivement.

A. – *Victimes* *et ajustements normatifs*

Revêtues souvent de la caractéristique d'être à la fois vecteurs de comportement et concepts, les normes opèrent leur trajectoire existentielle dans des environnements diversifiés qui n'ont pas failli, à travers le temps et selon les époques, d'en modifier l'intelligence tout comme leur traduction pratique au niveau de l'agir. Tel est sin-

(124) Claude BRUDERLEIN.

(125) Lise BOUDREAULT.

(126) Lise BOUDREAULT.

(127) Marion HARROF-TAVEL.

gulièrement le cas de la neutralité en tant que principe et attitude sous-tendant l'action humanitaire.

Moins bien compris que d'autres principes du mouvement de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, la neutralité considérée dans la perspective du CICR est d'abord un moyen destiné à inspirer confiance à tous afin d'avoir accès aux victimes (128). Aussi, la neutralité est-elle très étroitement liée à deux autres principes : le principe d'humanité exprimant l'idée fondamentale de prévention et d'allègement des souffrances, et le principe d'impartialité commandant une assistance de toutes les victimes sans discrimination objective – cette impartialité portant à secourir en priorité les personnes dont la détresse est la plus aiguë (129). De ce fait, il est permis d'avancer que pour être impartial, il y a un lien avec la neutralité et avec l'indépendance (130). En réalité, tous les principes du CICR doivent être appréciés dans le prisme de l'intime corrélation qui les régit (131).

A titre d'illustration, dans la pratique, l'abstention du CICR à se prononcer sur le recours à la force, sur le *Jus ad bellum*, ou sur une décision d'intervention procède d'une observation de la neutralité destinée à lui permettre, au moment où une action sera possible dans le cadre d'un conflit donné, d'obtenir pour cela l'acceptation de tous les belligérants (132). Ainsi, la neutralité vaudra au CICR la confiance des parties pour traverser une ligne de front ; ou encore, elle le mettra en mesure d'apporter l'assistance humanitaire aux populations d'un pays sous embargo (133). D'une certaine manière, la neutralité remplit la fonction de déconnecter la problématique politique que forme un conflit armé de la nécessité de secourir les personnes protégées (134).

La vocation du CICR, le souci qu'il a de mieux protéger les victimes et de se donner la totalité des moyens pour le faire dans toutes les situations, en particulier là où la qualification du conflit et l'intervention publique pourraient constituer un grave empêchement à leur porter secours, expliquent le rejet énergique par son

(128) Marion HARROF-TAVEL.

(129) Marion HARROF-TAVEL.

(130) Marion HARROF-TAVEL.

(131) Marion HARROF-TAVEL.

(132) Marion HARROF-TAVEL.

(133) Marion HARROF-TAVEL.

(134) Katia BOUSTANY.

Président de la proposition qui avait été faite à la Conférence diplomatique de 1974-1977 de conférer au CICR le rôle de substitut automatique d'office des puissances protectrices en l'absence d'accord sur leur désignation (135). Paradoxalement, alors que le CICR comme entité respectée, neutre, dotée d'autorité, apparaissait naturellement susceptible de remplir cette fonction de façon impartiale, du point de vue de l'institution elle-même, selon les propos qu'avait tenus alors son Président, assumer une telle charge signifiait se couper de la possibilité d'intervenir au secours des victimes dans toute une série de situations (136). Certes, l'article 5 du premier Protocole additionnel prévoit que le CICR peut agir comme substitut; cependant, il préfère habituellement ne pas s'y préposer parce que la puissance protectrice intervient au nom d'un État alors que le CICR accomplit, au fond, la même tâche que la puissance protectrice mais il l'entreprend au nom de l'ensemble de l'humanité (137). D'ailleurs, il convient de souligner que le CICR avait accepté la capacité qui lui est ainsi dévolue aux termes du Protocole I parce qu'il avait été bien précisé que cela se ferait avec le consentement des États intéressés, ce qui était cardinal et correspond foncièrement à la manière d'agir du CICR (138); de plus, ce dernier avait spécifié qu'il n'entendait pas jouer un rôle qui n'était pas le sien, en sorte qu'il n'envisageait pas d'accomplir certaines prérogatives importantes de la puissance protectrice de la manière initialement prévue car cela n'aurait pas été compatible avec les principes fondamentaux de l'action du CICR (139).

Toutefois, cette acception de la neutralité propre au CICR ne peut avoir le même sens quand les Nations Unies engagent des types et modes d'actions humanitaires inspirées par des décisions politiques : ce qui importe alors c'est qu'elles tendent à être exercées sans discrimination entre les victimes, préservant la qualité d'action humanitaire (140). Il en est de même quand des forces armées opèrent en faveur des victimes de conflits, comme pour l'organisation de camps de réfugiés lorsque les acteurs humanitaires ne sont pas en mesure de faire face à une situation d'ampleur exceptionnelle : il

(135) Luigi CONDORELLI.

(136) Luigi CONDORELLI.

(137) Eric DAVID.

(138) Daniel DORMOY.

(139) Daniel DORMOY.

(140) Marion HARROF-TAVEL.

y a un caractère humanitaire à l'action qu'ils déploient (141). Cependant, l'humanitaire des forces armées ne doit pas nuire à l'humanitaire des humanitaires, et un dialogue avec les forces armées devrait être instauré afin de cerner les entendements respectifs de l'humanitaire et de déterminer de quelle manière le recours aux militaires peut s'effectuer sans projeter une image négative de l'humanitaire (142). Une telle clarification s'impose d'autant plus que les vocables de « neutralité » et « impartialité » sont maintenant repris dans la doctrine des forces armées, alors que cette utilisation des mêmes concepts dont les significations ne sont pas les mêmes dans des contextes distincts procède de motivations différentes et crée ainsi une grande confusion (143).

C'est dans son association au silence, souvent rapproché de la complicité par les critiques d'une telle attitude, que la neutralité du CICR suscite des réserves, car s'il est aisé de comprendre les raisons qui sous-tendent l'adoption et le maintien de cette politique de silence, il n'en demeure pas moins que les besoins des victimes se rattachent également à la justice et à la nécessité de voir leurs bourreaux condamnés (144). Or il arrive au CICR de décider de rompre le silence et de dénoncer publiquement des violations, faisant valoir l'obligation de tous les États de « respecter et faire respecter » le DIH afin que soient prises les mesures possibles pour faire les cesser; néanmoins, l'institution humanitaire genevoise demeure réfractaire à une rupture du silence au niveau du témoignage individuel – par exemple sur ce qui s'est passé dans tel camp de concentration où des personnes ont été torturées, violées – et cela, alors même qu'elle a constaté la nécessité de se départir de son mutisme habituel (145). Hormis le fait qu'il est permis de s'interroger sur les raisons pour lesquelles une déclaration particulière de la part du CICR survient au moment précis où elle est faite, force est de reconnaître qu'il est difficile de concevoir pourquoi le silence n'est pas rompu à tous les niveaux de manière à satisfaire au besoin de justice des victimes (146).

(141) Marion HARROF-TAVEL.

(142) Marion HARROF-TAVEL.

(143) Marion HARROF-TAVEL.

(144) Luigi CONDORELLI.

(145) Luigi CONDORELLI.

(146) Luigi CONDORELLI.

En réalité, à travers la question du témoignage du personnel du CICR apparaît une tension entre l'intérêt de la justice et le besoin, inhérent à la raison d'être du CICR, de pouvoir assurer la protection des victimes (147). Dans la contradiction entre les exigences de la justice – par conséquent la répression des infractions – et celles de la protection des victimes, nul doute que la solution consiste à privilégier les victimes, lesquelles préféreront d'abord être sauvées et soulagées de leur souffrance; aussi, dans la mesure où une telle politique permet au CICR de continuer à déployer son activité comme il l'a toujours fait, sans être entravé, il faut admettre que le refus du témoignage de son personnel est une bonne décision même si sous certains aspects elle peut paraître excessive et poser des problèmes (148).

Dans cet ordre de préoccupation, la confidentialité devient le corollaire de la neutralité à laquelle le CICR doit s'en tenir pour bénéficier de la confiance permettant au Mouvement, aux délégués, d'avoir accès aux prisonniers de guerre, aux internés civils et, plus largement, aux personnes ayant besoin d'assistance (149). Plus spécifiquement, la confidentialité constitue un facteur important dans l'instauration de la confiance requise pour accomplir des tâches de protection; or cette confiance doit exister entre les délégués, les parties au conflit, les personnes ayant besoin d'assistance, entre les membres du personnel humanitaire lui-même tout comme entre le délégué et son organisation, entre les organisations humanitaires et les autorités publiques, cet édifice pouvant se trouver compromis si un délégué était mis dans l'obligation de témoigner sur ce qu'il a pu voir (150). Aussi, dans le cadre de la Commission d'enquête établie par le Gouvernement canadien pour faire la lumière sur les événements qui avaient entouré les agissements de certains soldats canadiens en mission en Somalie, la Croix-Rouge Canadienne – CRC a-t-elle engagé de nombreuses discussions avec la Commission qui avait réclamé le témoignage d'un délégué du CICR œuvrant au sein de la CRC et faisant partie des effectifs présents sur le terrain en Somalie : la Commission a ainsi accepté de tenir compte de l'obligation d'impartialité et de neutralité du délégué, en sorte qu'il a pu témoi-

(147) Katia BOUSTANY.

(148) Eric DAVID.

(149) Johanne BRAY.

(150) Johanne BRAY.

gner sur la situation en Somalie au moment des faits en cause sans toutefois qu'il soit permis de l'interroger sur ce que lui-même avait vu sur le terrain (151).

Il apparaît cependant troublant que, par le biais de la confidentialité, une opposition manichéenne soit opérée entre les intérêts de la victime et ceux de la justice, comme si les intérêts de la justice ne rejoignaient pas ceux de la victime : opposer ces deux intérêts est entièrement erroné car l'intérêt à obtenir justice peut représenter un intérêt fondamental de la victime ; aussi convient-il davantage d'opposer certains intérêts de certaines victimes à d'autres intérêts des victimes, étant donné qu'il est nécessaire de trouver des ajustements parmi les intérêts des victimes parce que l'issue consistant à préférer toujours certains intérêts des victimes à d'autres intérêts des victimes semble bancale à quelques égards (152). En effet, il y a des seuils au niveau desquels il faut identifier des solutions qui ne sont pas nécessairement la loi du silence à tout prix (153) ; il y a des situations dans lesquelles le silence à tout prix crie haut et fort, est insupportable. C'est pourquoi, lorsque le CICR est confronté à une situation de violations gravissimes au point qu'il procède en ultime recours à leur dénonciation comme démarche importante dans l'intérêt des victimes, la question surgit de savoir s'il ne doit pas être également possible d'identifier les auteurs de ces violations, notamment à travers le témoignage des délégués, afin qu'ils soient susceptibles d'être condamnés dans le cadre d'une procédure répressive (154).

Il n'en demeure pas moins que le concept de neutralité en DIP a deux composantes qui se déclinent également en DIH : l'abstention et l'impartialité (155). Si bien qu'il faut comprendre l'absence de dénonciation par le CICR non comme un silence mais un principe fondamental d'exercice que reflète sa doctrine du témoignage proportionné consistant à ne pas dénoncer ce qui pourrait nuire aux victimes et freiner l'action auprès d'elles (156).

(151) Johanne BRAY.

(152) Luigi CONDORELLI.

(153) Luigi CONDORELLI.

(154) Luigi CONDORELLI.

(155) Michel DEYRA.

(156) Michel DEYRA.

Sur un autre plan, la prise en compte des voix des victimes à travers la consultation engagée par le CICR soulève la question de savoir s'il s'agit ensuite de leur expliquer le droit tel qu'elles devraient le comprendre ou s'il ne faudrait pas poser le problème du droit lui-même, notamment en ce qui concerne les conflits armés non-internationaux et le revoir à la lumière des résultats de ce genre d'enquête (157). Quand le guérillero récusé le DIH au motif qu'il ne s'y reconnaît pas, il met ainsi de l'avant tout le chapitre de la légitimité de la norme; aussi, à cet égard, serait-il approprié de favoriser une approche tendant à incorporer la diversité culturelle dans le DIH, au moins au niveau de la grammaire spécifique des concepts qui n'ont pas partout la même signification si bien que des variations dans l'articulation de la norme peuvent être justifiées (158). Il serait en effet pour le moins surprenant de continuer à séparer le droit et la culture en prétendant que c'est la perception qui est problématique alors que le droit représente ce qu'il y a lieu de concrétiser (159).

Il faut cependant demeurer fort prudent lorsque l'on se réfère à la culture, car le relativisme culturel peut ouvrir la voie à des attitudes graves et dangereuses quant à l'application des règles juridiques orientées vers la protection des personnes : ainsi, à l'époque de la guerre du Vietnam, certains Américains répliquaient, au sujet des exactions que les forces américaines avaient parfois commises, que les Asiatiques n'avaient pas la même perception de la douleur et n'accordaient pas le même prix à la vie humaine (160); également, quand il s'agit d'empêcher le renvoi d'un individu dans son pays d'origine où il risque la torture, il a été allégué du côté occidental qu'il ne serait pas plus maltraité dans son pays que les autres citoyens, ou encore que ce qui représente de la torture pour des occidentaux civilisés, avancés et éclairés ne serait, plus ou moins, qu'un usage local traditionnel (161).

Par ailleurs, s'il est exact que l'approche multiculturelle a pu être longtemps ignorée, les sérieux efforts engagés depuis lors par le CICR montrent qu'une telle démarche doit être menée de façon

(157) Luigi CONDORELLI.

(158) René PROVOST.

(159) René PROVOST.

(160) Peter LEUPRECHT.

(161) Peter LEUPRECHT.

extrêmement professionnelle en utilisant autant que possible les ressources locales, car il arrive que les études effectuées s'avèrent contre-productives (162) : à titre d'exemple, une recherche fouillée sur les traditions humanitaires d'Hannibal et d'un autre général carthaginois, présentée sous forme d'une brochure très attrayante n'a été d'aucun intérêt auprès des jeunes combattants ou des jeunes Tunisiens qui estiment n'avoir plus rien en commun avec Hannibal ; de la même manière à Brazzaville, quand il a fallu approcher des milices, du nom de « Cobra » ou d'autres noms, et discuter avec elles, le CICR a constaté que leur code de référence culturel n'était pas du tout les traditions africaines, essentiellement rurales, mais plutôt les règles et usages des gangs des grandes villes américaines ou européennes (163). Conscient de ce type de pièges, le CICR accorde une importance croissante à la diffusion du DIH auprès des jeunes dans l'idée que, l'adolescence étant un tournant important, s'ils devaient un jour devenir des soldats ou des dirigeants ils en respecteraient les règles ; et dans cette optique, il a lancé des programmes élaborés par des pédagogues locaux et entérinés par les ministères de l'éducation, en particulier en Europe orientale et en Asie centrale ; également, un accent particulier a été mis sur la diffusion du DIH auprès des dirigeants politiques tout comme auprès des dirigeants économiques du fait du rôle accru des acteurs économiques dans la guerre (164).

Parallèlement aux divers ordres de préoccupation ainsi évoqués, une attention spéciale doit être portée au sort d'un type de victimes dont le nombre connaît une ampleur dramatique avec les récents conflits – singulièrement les conflits non-internationaux à caractère ethnique ou religieux : il s'agit des personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays, dont la protection, dans des conditions souvent fort précaires, est soumise à de nombreux avatars auxquels les instances internationales et les politiques étatiques ne sont pas toujours étrangères.

Pour prendre la mesure, à cet égard, des transferts normatifs qui ont été opérés, il faut d'abord se souvenir du coup de tonnerre dans le ciel du droit international des réfugiés provoqué par la résolution 688 du Conseil de sécurité (165) : pour la première fois, un flux

(162) Antoine BOUVIER.

(163) Antoine BOUVIER.

(164) Marion HARROF-TAVEL.

(165) François CRÉPEAU.

de réfugiés y était déclaré, en tant que tel, constitutif d'une atteinte à la paix et à la sécurité internationales, autorisant ainsi la Turquie à fermer sa frontière et, par conséquent, à maintenir en état de déplacement interne une population qui, manifestement, visait à passer la frontière et à devenir réfugiée (166).

Certes, il est historiquement tenu que le droit d'asile est un droit de l'asile et non un droit à l'asile, les États n'ayant jamais renoncé à cet attribut essentiel de la souveraineté qu'est la décision de permettre à une personne qui n'est pas leur ressortissant d'entrer sur leur territoire ou celle de l'en faire sortir (167). Le droit des réfugiés, qui n'a nulle part affirmé le droit à l'asile, prévoit cependant que dès le moment où une personne passe la frontière et répond aux conditions établies, elle bénéficie d'un régime dont la clé de voûte, dans le système conventionnel de 1951, est le principe de non-refoulement prévu à l'article 33, lequel n'est pas absolu puisqu'il ne concerne que le non-refoulement sur des frontières dangereuses mais pas sur n'importe lesquelles des autres frontières; c'est d'ailleurs l'un des principes du fonctionnement des Conventions de Schengen dans lequel les États se renvoient les demandeurs d'asile selon le pays par lequel ils sont rentrés sur le territoire de Schengen (168). Ce principe de non-refoulement se trouve renforcé à travers des exceptions de sécurité publique avec l'interdiction absolue de renvoi vers un pays où la personne risque la torture, ainsi que cela résulte de diverses conventions sur la torture (169). Il existe donc aujourd'hui au moins un embryon de droit à l'asile – ce qu'aucun État cependant n'admettra : au contraire, les États ont mis en place tout un train de mesures de blocage des flux de réfugiés à l'extérieur de leurs frontières – le droit d'asile n'existant qu'à partir du moment où la personne atteint la frontière, alors que lorsqu'elle est en route elle ne le possède pas (170). Aussi est-il remarquable que le Commission américaine des droits de l'Homme ait condamné l'arraisonnement en mer par les États-Unis de bateaux en provenance de Haïti comme s'il s'agissait d'une violation du droit de chercher asile – situation où l'aspirant n'est pas encore arrivé mais voudrait bien y

(166) François CRÉPEAU.

(167) François CRÉPEAU.

(168) François CRÉPEAU.

(169) François CRÉPEAU.

(170) François CRÉPEAU.

arriver –, quand tous les États occidentaux, et bien d'autres, se crispent sur leur frontière comme une manifestation de leur puissance publique (171). De plus, toute la rhétorique des États réfutant le droit d'asile comme un droit à l'asile s'oriente vers une régionalisation du problème de l'asile sous-tendue par l'idée qu'il est préférable pour les réfugiés de demeurer dans leur région afin d'éviter le choc culturel et de pouvoir être rapatriés dès que possible, étant entendu que le souhait de tout réfugié est d'abord d'habiter en paix chez lui (172).

Au vu de cette tendance à contenir un afflux de populations fuyant des zones de conflit, un ensemble de normes ayant pour finalité de les protéger et de préserver leurs droits a été colligé sous la forme de « *Principes directeurs relatifs au déplacement des personnes à l'intérieur de leur propre pays* », dans un texte déposé à la Commission des Droits de l'Homme en 1998. Avec notamment l'idée explicite de combler des lacunes dans l'articulation du droit international des droits de l'Homme et du DIH, ce compendium normatif recèle le risque de transformer ces personnes déplacées en une catégorie juridique bénéficiaire d'un statut, d'un régime spécifique en droit : rédigés par analogie avec le droit international des réfugiés, ces principes énoncent en termes comparables, un droit au retour et à la réinstallation (173). Or, hormis la caractéristique commune du déplacement, il y a une différence de principe essentielle entre la personne déplacée et le réfugié : celui-ci n'a plus de protection étatique et le droit international des réfugiés, qui est un droit palliatif, va lui procurer une protection internationale ; en revanche, la personne déplacée se trouve toujours sur le territoire de l'État dont elle est le ressortissant et auquel incombe la responsabilité de sa protection, en sorte que le problème, à cet égard, est celui de la mise en œuvre sur le territoire de cet État, par les autorités étatiques et par les autres parties éventuellement impliquées, des dispositifs du droit international des droits de l'Homme et/ou du droit international humanitaire (174).

Une telle mise au point de nouveaux standards de protection des personnes déplacées comporte un danger de substitution qu'il a été

(171) François CRÉPEAU.

(172) François CRÉPEAU.

(173) François CRÉPEAU.

(174) François CRÉPEAU.

possible d'observer particulièrement dans le cas du Kosovo : au fil des discussions du Conseil de Sécurité, le développement de standards estimés plus adéquats a eu pour résultat d'affaiblir les standards généraux concernant la protection des civils, c'est-à-dire non seulement des personnes déplacées, mais aussi des enfants, des femmes ou encore d'autres catégories protégées ; ainsi, les États membres du Conseil de sécurité devant réagir aux atrocités commises au Kosovo accordaient une attention différente à ces problèmes selon qu'il s'agissait de personnes déplacées, de femmes, d'enfants ou autres (175). De plus, le déploiement de ces nouvelles normes crée un filet de standards et de protection inférieurs au filet de base des populations civiles et de l'article 3 commun aux Conventions de Genève, au point qu'une personne, au Kosovo, qui n'était ni déplacée, ni une femme ou un enfant, était perçue comme un combattant, ou à tout le moins comme ne bénéficiant pas d'une protection égale aux femmes, aux enfants, aux déplacés ; aussi, les parties au conflit considéraient-elles avoir carte blanche pour l'élimination ou l'extermination des personnes non déplacées, mâles, d'âge adulte, qui ont effectivement été les premières victimes de la situation conflictuelle dans cette région (176).

Il est donc essentiel pour les membres du Conseil de sécurité de réfléchir et d'examiner dans quelle mesure l'établissement de standards nouveaux et de mécanismes tels, par exemple, un représentant spécial du Secrétaire général pour les enfants en situation de conflits armés, ne constituent pas également une forme de détérioration de la protection (177).

En réalité, le fond du problème se rattache à l'existence d'une volonté politique portée sur l'application des règles antérieurement établies dans la panoplie du droit international des droits de l'Homme et du DIH en faveur des personnes se trouvant sur le territoire de leur propre État, lequel est obligé par ses engagements internationaux ou par un droit international coutumier qui s'imposent à lui et lui sont normalement opposables (178). Or il se manifeste de nos jours une tendance à élaborer une normativité de *soft law* là où l'on bénéficie déjà d'un dispositif de *hard law* – même si

(175) Claude BRUDERLEIN.

(176) Claude BRUDERLEIN.

(177) Claude BRUDERLEIN.

(178) François CRÉPEAU.

certaines n'apprécient pas cette distinction terminologique car de leur point de vue il y a du droit ou il n'y en a pas –, c'est-à-dire là où un droit conventionnel a été auparavant agréé; mais cette propension s'avère affaiblir la norme existante qui devrait, en principe, être mise en œuvre puisqu'elle a été souscrite, ratifiée par les États (179). Dangereuse, cette orientation relève d'une diversité de phénomènes : d'une part, la présence de juristes dans nombre de chancelleries, d'organisations internationales et de groupes de réflexion ne garantit pas nécessairement la connaissance de l'existence de la règle de droit; d'autre part, au problème de diffusion des règles existantes, s'ajoutent les effets de la rhétorique soit politique soit médiatique qui se traduisent par l'impression que le droit souffre de lacunes alors qu'en fait l'on ne s'est pas penché, à partir du droit existant, sur les moyens de lui permettre de répondre adéquatement aux situations prétendument nouvelles et dont il n'est pas certain qu'elles le soient (180).

A l'origine de cette agitation normative, se profile la réticence grandissante des États occidentaux – mais pas eux seulement – à accueillir des réfugiés (181). Ils ont donc conçu un arsenal impressionnant de mesures destinées à les empêcher de parvenir à franchir les frontières et, s'ils y parviennent, à éviter d'avoir l'obligation de leur appliquer les principes du droit international des réfugiés par la création de statuts de protection temporaire soustraits au régime de protection des réfugiés prévu par la Convention de Genève (182). Il est certes essentiel de disposer de principes permettant d'arrêter concrètement sur le terrain ce qu'il convient de faire dans le cas des personnes déplacées; toutefois, ceux-ci ne devraient pas fournir une arme supplémentaire aux États pour refuser l'asile à une victime désireuse de chercher protection en exerçant un choix individuel à cet égard (183). Bien entendu, le terme « chercher » n'est pas constitutif d'un droit à l'asile, mais c'est néanmoins un droit de chercher protection qui doit s'ouvrir sur le respect de la voix des victimes et non masquer le rejet de l'altérité (184).

(179) Katia BOUSTANY.

(180) Katia BOUSTANY.

(181) François CRÉPEAU.

(182) François CRÉPEAU.

(183) François CRÉPEAU.

(184) François CRÉPEAU.

Parallèlement à ce mouvement de formulation de normes de substitution au droit existant, l'exploration des conflits contemporains découvre une constellation de phénomènes réduisant les tranchées de dispositifs juridiques aux visées protectrices à n'être souvent qu'une ligne Maginot trop vite franchie.

B. – *Réalités, dépassement
et évacuation du droit*

A des degrés variables, les conflits intra étatiques des trois dernières décennies s'accompagnent d'un effondrement complet des structures de l'État ou, pour le moins, d'une dissolution de l'efficacité interne de la règle de droit (185). Par rapport au DIH, cela renvoie au problème de sa conception initiale : celle d'un droit élaboré par des États, avec eux, mais qui dans la quasi totalité des conflits intra étatiques n'est plus un droit destiné à des parties étatiques (186). Il y a donc une distorsion par rapport à un droit international dans le cadre duquel le processus d'élaboration normative est essentiellement entre les mains des États, ou a très longtemps relevé d'eux seuls : dans le cas précis des Conventions du DIH, il n'était pas concevable – il est vraisemblablement inconcevable jusqu'à présent – que pour régir le comportement des militaires l'on puisse instaurer un processus d'élaboration normative dont les États ne constitueraient pas la pierre angulaire et cardinale (187). Certes, le CICR a joué son rôle ; mais il faudrait que d'autres composantes de la société internationale soient, à l'avenir, associées à la réflexion s'il fallait encore développer les normes du DIH (188). Car la fonction d'une norme est de solliciter un comportement de son destinataire, qu'il s'agisse de l'État, du combattant, ou d'autres (189). Le problème fondamental est de savoir comment obtenir le comportement sollicité, d'autant que dans les conflits intra étatiques actuels il est pratiquement exclu de compter sur l'État pour quérir le comportement recherché à travers la norme, pour faire le nécessaire afin que le soldat sur le terrain se comporte conformément à la règle ou à la norme (190).

(185) Katia BOUSTANY.

(186) Katia BOUSTANY.

(187) Katia BOUSTANY.

(188) Katia BOUSTANY.

(189) Katia BOUSTANY.

(190) Katia BOUSTANY.

Dans cette optique, il est intéressant de rappeler que le Statut de Rome a été élaboré et est tel quel parce que les ONG ont été très présentes et très pressantes tout au long de la conférence diplomatique où l'on a connu une participation inouïe d'autres acteurs que les États (191). Cet important développement suscite bien sûr diverses tensions : ainsi, le professeur Serge Sur dans la RGDIP a tiré à boulets rouges contre une telle évolution qui permet à des personnes dont on ne sait pas qui elles sont, d'où elles viennent, ce qu'elles représentent ni avec quel argent elles travaillent, d'avoir leur mot à dire et d'influencer le contenu du droit ; auparavant, dans son opinion dissidente relative à l'affaire de la licéité des armes nucléaires, le juge Guillaume avait estimé que la CIJ n'aurait pas dû répondre à la demande d'avis parce qu'il ne s'agissait pas en réalité d'une question de l'Assemblée générale mais d'une question que les ONG avaient contraint l'Assemblée à poser (192). Il n'empêche que l'expérience de l'élaboration du Statut de la CPI doit nous conduire à nous demander si la voie de demain pour la réélaboration du DIH ne devra pas être une voie qui prendra en compte d'autres acteurs, d'autres voix que celles des États (193).

Car actuellement, l'on se trouve invoquer un type de normes, pour dire qu'elles doivent être respectées, comme si l'on avait affaire à des États, alors que les destinataires réels de ces normes opèrent dans un contexte de vide étatique, sinon d'inexistence de l'État (194). Dès lors, si l'on veut assurer une effectivité de la règle ou de la norme, force est d'admettre qu'à l'heure actuelle cela passe moins par l'adoption de lois internes – ce qui ne signifie nullement qu'un tel processus ne soit pas nécessaire quand l'État existe, tant s'en faut ! – que par le déploiement de moyens qui ne seraient pas nécessairement juridiques mais seraient d'une autre nature, au niveau de la diffusion du DIH, de l'interaction avec les potentiels destinataires (195). En effet, il semble bien que l'on se heurte à la difficulté d'une déviance conceptuelle de ce droit par rapport à ses destinataires réels, tandis qu'il a été pensé en fonction de destinataires identifiés *a priori*, de parties dont la nature et la qualité est

(191) Luigi CONDORELLI.

(192) Luigi CONDORELLI.

(193) Luigi CONDORELLI.

(194) Katia BOUSTANY.

(195) Katia BOUSTANY.

strictement limitée initialement, ce qui n'est plus le cas de nos jours (196).

Pour autant, le problème de la violation du DIH ne diffère pas de celui de la transgression des règles de droit en général : lorsqu'une partie ou une personne décide de violer la règle de droit c'est parce qu'elle considère au bout du compte, eu égard aux éléments auxquels elle est confrontée, qu'il y a une contradiction entre son souhait d'atteindre son objectif d'une part et ce que la règle lui impose d'autre part (197). Ainsi, dans un contexte particulier les destinataires de la règle, à un moment donné, ne la respectent plus ; et cela se déroule pareillement sur le théâtre des conflits armés, sauf que, là, les conséquences sont graves (198). Le problème se situe donc en aval de la règle elle-même, essentiellement dans la relation sociale (199).

Dans la mesure où le système du droit international pivote autour du pouvoir décisionnel de l'État, de l'action des États, des organisations internationales composées d'États, il serait quelque peu exagéré de clamer la mort de l'État comme le font certains ; toutefois les modes de mise en œuvre de la norme dans l'action humanitaire s'articulent sur le droit interne et ces mécanismes sont aujourd'hui en crise à cause de l'effondrement qui affecte précisément le droit interne (200). C'est pourquoi il importe de s'interroger sur la validité des moyens usuels de mise en œuvre du DIH, sans qu'une telle démarche soit postulée être une critique de la qualité de la norme (201).

D'ailleurs, force est de constater qu'il y a très souvent une mise en œuvre très importante du DIH au niveau de l'ordre juridique interne, mais néanmoins les résultats sont tragiques lorsque survient la situation conflictuelle (202). L'exemple particulièrement cité est celui de l'ex-Yougoslavie, sorte d'État modèle quant à la mise en œuvre du DIH grâce à une législation très sophistiquée qui va au-delà de ce que prévoient les instruments conventionnels, notamment en ce qui concerne les conflits armés non-internationaux

(196) Katia BOUSTANY.

(197) Eric DAVID.

(198) Eric DAVID.

(199) Eric DAVID.

(200) Luigi CONDORELLI.

(201) Luigi CONDORELLI.

(202) Luigi CONDORELLI.

auxquels a été élargie l'application du droit des conflits armés internationaux (203). Cela interroge l'idée selon laquelle le DIH manque de méthodes et de moyens forts pour sa mise en œuvre au niveau international en sorte qu'il doit se transformer en droit interne car par une transformation bien agencée tous les modes de garantie du respect du droit interne – juges, policiers, etc. – seront transférés, mis au service du DIH (204). La réalité veut que cette solution ne produise pas aussi simplement les résultats escomptés, parce que l'effectivité du droit interne s'écroule, parce que nous traversons une période de crise des systèmes internes à l'occasion de laquelle les violations du DIH sont commises dans des conflits internes, autrement dit dans des situations où les systèmes internes s'effondrent tout comme, dans leur sillage, le degré de respect, d'observation des règles du droit interne aussi bien que les mécanismes et moyens que l'ordre juridique interne avait mis au service du DIH (205).

Au reste, il est notable que cet effondrement des systèmes juridiques internes explique corrélativement l'apparition d'un système juridique international de répression (206); tout comme il convient de souligner, au-delà de la création de la CPI, le potentiel que recèle l'exercice de la compétence universelle par d'autres États que celui sur le territoire duquel aurait été commise une infraction et dont les structures juridiques seraient inopérantes (207).

Ce diagnostic relatif à une probable crise de l'État dans certaines régions du monde ne remet pas en cause l'importance du DIH et son rôle central; pour cette raison, la diffusion de ce droit demeure une question fondamentale car dans certains pays il n'est pas du tout connu, dans d'autres où l'on a connaissance de son existence cela n'induit pas une modification des comportements (208). Pour rendre service au DIH et aux catégories qu'il est sensé protéger, il y a donc lieu de repenser, à la lumière des problèmes qui se posent actuellement dans les conflits qui nous interpellent – problèmes parmi lesquels émerge celui de l'effondrement de l'État dans certaines situations –, comment faire afin que cet édifice continue de

(203) Luigi CONDORELLI.

(204) Luigi CONDORELLI.

(205) Luigi CONDORELLI.

(206) Michel DEYRA.

(207) Anne-Marie LAROSA.

(208) Marion HARROF-TAVEL.

fonctionner et afin d'assurer ou de promouvoir une mise en œuvre réelle de la norme (209). Car au vu de quelques données significatives recueillies à la faveur de la consultation menée par le CICR, l'on apprécie davantage la nécessité d'adopter de nouvelles méthodes de diffusion et de promotion des règles essentielles de ce corpus juridique.

Ainsi, en ce qui a trait au principe de base, le plus central du DIH, qu'est la distinction entre combattants et non-combattants, avec la règle fondamentale de protection des civils dans les conflits armés, – principe donnant l'impression d'avoir un caractère assez universel – entre 80 % et 95 % des personnes interrogées répondaient que les civils doivent être épargnés dans les combats (210). Toutefois, si sous l'angle de la perception l'on peut constater cette croyance en certaines règles, en revanche, il en est tout autrement sur le terrain puisque les conflits font énormément de victimes, principalement des civils qui sont difficilement distingués à travers les combats (211). Le passage de cette conviction qu'il faut faire la distinction, à la réalité sur le terrain où elle semble balayée d'un revers de la main est dû à la manière de définir les civils : nombre de personnes interrogées se réfèrent à une notion de « civils innocents », très révélatrice, alors que le DIH ne comporte pas un tel concept (212). Il s'établit ainsi un seuil entre la notion de civil qui doit être protégé et celui qui peut visiblement être attaqué parce qu'il ne bénéficierait pas de la protection puisqu'il n'a pas cette qualité d'innocence (213).

Plusieurs raisons expliquent le glissement de l'un à l'autre dans la distinction (214), éloquemment illustrées par le cas de la Bosnie-Herzégovine, où deux armées nationales ayant un support militaire bien organisé s'affrontaient dans un conflit interne : alors que d'un côté comme de l'autre l'organisation logistique est relativement faible, les civils participent de façon indirecte à l'effort de guerre – fourniture de nourriture, d'abri – par le biais du support logistique tout simple qu'est la famille : les hommes se rendent au front dans

(209) Katia BOUSTANY.

(210) Lise BOUDREAUULT.

(211) Lise BOUDREAUULT.

(212) Lise BOUDREAUULT.

(213) Lise BOUDREAUULT.

(214) Lise BOUDREAUULT.

la journée et rentrent à la maison le soir pour souper (215). De là un dérapage, d'abord par une perception de la famille ou du groupe très proche du combattant comme une espèce d'extension qu'il serait acceptable d'attaquer si bien que l'on dérive très doucement vers l'idée de civil associé à l'effort militaire (216). A cet effort de guerre s'ajoute une autre idée : celle d'autodéfense (self defence) ou de défense de la communauté, avancée par toutes les parties – Bosniaques, Croates, Serbes : à partir du moment où l'agresseur c'est l'autre, chacun est convaincu de se battre pour défendre sa communauté et écarte ainsi l'idée de commettre des crimes de guerre (217). Avec cet argument de défense rattaché à une conception de guerre juste, il s'opère une sorte de suspension des règles sur lesquelles pourtant les personnes des différentes parties s'accordaient au départ (218) : la distinction entre *Jus ad bellum* et *Jus in bello*, qui est d'une importance fondamentale pour le respect du *Jus in bello* (219), est alors éclipsée par la conviction d'être en situation d'autodéfense au point de s'estimer autorisé à tout faire (220). Enfin, le phénomène globalisant du support au chef contribue également à dissiper la distinction entre combattant et civil : quand une communauté apporte son soutien à un chef qui est désigné comme étant l'ennemi, l'objectif militaire n'est plus alors le combattant seulement mais aussi cet ensemble de personnes qui soutiennent ledit chef (221). Là encore, se révèle la même appréciation des choses : qu'il s'agisse de ceux qui appuyaient Izetbegovic ou Karajic, ils n'étaient plus des civils innocents (222).

Si elle exprime bien la perception des personnes sur le terrain, il ne faut pas perdre de vue combien cette idée d'innocence peut s'avérer dangereuse car elle véhicule très loin la décomposition du principe de distinction : ne sont pas des victimes innocentes, ne sont pas des civils innocents, ceux qui ont voté pour quelqu'un, qui soutiennent un chef, qui ont apporté de l'eau à des troupes (223). Ainsi,

(215) Lise BOUDREAU.

(216) Lise BOUDREAU.

(217) Lise BOUDREAU.

(218) Lise BOUDREAU.

(219) Antoine BOUVIER.

(220) Lise BOUDREAU.

(221) Lise BOUDREAU.

(222) Lise BOUDREAU.

(223) Lise BOUDREAU.

en Bosnie, des Bosniaques ont affirmé qu'un civil qui porte l'eau participe autant au combat qu'un soldat qui se trouve au front; des Palestiniens ont avancé qu'un combattant sans armes est un combattant tout aussi important que celui qui est armé; certains membres des Forces Israéliennes de Défense ont dit savoir très bien que de l'autre côté ce sont tous des combattants (224). Ce sont là des propos très forts qui permettent peut-être de mieux appréhender les causes des dérapages susceptibles d'être observés (225).

Il convient de souligner qu'à travers ces attitudes le droit comme tel n'est pas nié puisque la croyance dans la pertinence de la règle existe; mais dans les faits, cette règle est modifiée, interprétée selon une certaine logique de manière à justifier ou expliquer comment dans la façon dont les combats sont menés l'on ne s'en serait pas écarté (226). A cet égard, trois types de motifs sont invoqués selon les groupes : au sujet de la modification des comportements sur le terrain, certains admettent qu'ils violent la règle mais se trouvent des circonstances atténuantes telle la réciprocité, souvent mise de l'avant; ainsi ils s'inscrivent encore dans un cadre juridique tout en explicitant pourquoi ils ne l'ont pas respecté (227). D'autres réinterprètent le droit pour créer une exception à la règle, comme l'illustre précisément l'argument de défense de la communauté : ici, le droit et les règles existent, toutefois dans une situation ainsi qualifiée l'on peut à la limite violer des règles mais ce ne sera pas perçu comme une violation parce que l'on s'est conçu une exception (228). Enfin, dans un nombre limité de cas, certains clament que leur situation échappe complètement au droit (229).

Dans ces contextes, tel celui de l'ex-Yougoslavie, où le civil devient coupable tout simplement parce que c'est l'autre, parce que du fait d'être de l'autre côté il est considéré comme coupable, le problème des sanctions se pose avec une particulière gravité; et s'il faut en effet favoriser la sanction-punition, un processus d'établissement de la vérité doit néanmoins pouvoir être retenu parce qu'il

(224) Lise BOUDREAUULT.

(225) Lise BOUDREAUULT.

(226) Lise BOUDREAUULT.

(227) Lise BOUDREAUULT.

(228) Lise BOUDREAUULT.

(229) Lise BOUDREAUULT.

peut être salutaire dans la mesure où il permet une catharsis, ainsi que cela a été le cas en Afrique du Sud (230).

Sous l'angle de la sanction, une difficulté singulière surgit par rapport à des situations où des forces armées lancent une attaque contre un village de civils, lesquels, ne voyant aucune autre option, décident de se défendre sans toutefois réunir les conditions d'une levée en masse : certains se défendront dans leur maison en attendant l'assaillant alors que d'autres organiseront par anticipation un quelconque système de défense (231). Cependant, selon le droit actuel, un civil qui participe aux hostilités perd sa protection en vertu du DIH ; aussi, la question à laquelle se trouve confronté le TPIY est de déterminer si une attaque lancée contre un tel village peut devenir licite dans le cas où les civils habitant le village décident de prendre illégalement les armes et de se défendre (232). Il a été soumis à la juridiction qu'une distinction devait être établie entre une personne agissant en légitime défense dans sa maison et les civils participant illégalement aux hostilités (233). Ceci étant, l'on peut se demander si des civils qui participent ainsi aux hostilités ont conscience qu'ils deviennent eux-mêmes des civils non innocents et donc des cibles en cas d'attaque (234).

Sans l'ombre d'un doute, les conflits intra étatiques du dernier quart du XX^e siècle mettent les civils dans des positions souvent intenable. Ainsi, le déplacement des populations est-il devenu un objectif militaire primordial ; à tel point qu'un soin particulier a été mis au Kosovo pour supprimer tous les documents d'identité des personnes dont le déplacement avait été provoqué, afin de compliquer leur rattachement ultérieur à d'éventuels lieux de résidence dans la zone concernée, comme si la conscience de l'existence d'une norme avait suffi pour prendre de telles mesures (235). En République Srebska, où il y avait eu dans quelques régions un nettoyage ethnique massif, certaines personnes tiraient même une fierté d'avoir accompli des actes soi-disant héroïques alors qu'il s'agit là, en réalité, d'une ignorance délibérée du droit (236).

(230) Peter LEUPRECHT.

(231) Stéphane BOURGON.

(232) Stéphane BOURGON.

(233) Stéphane BOURGON.

(234) Stéphane BOURGON.

(235) François CRÉPEAU.

(236) Peter LEUPRECHT.

Ces manifestations d'une crise de l'humanitaire soulignent le phénomène de disparition d'un espace de civilité, lequel est en quelque sorte ce qui rend la vie sociale possible et dont le droit comme l'État sont des instruments de création et de maintien (237). Le DIH, au niveau le plus élevé, avait pour fonction de créer et de maintenir cet espace de civilité dans des circonstances où tout portait à croire qu'il avait disparu ou qu'il pouvait disparaître : il préservait entre les combattants quelque chose de commun (238). Or l'État lui-même est en crise, du moins en tant qu'idée, telle qu'elle a engendré un mode d'organisation politique dans l'Europe de la deuxième moitié du XV^e siècle et selon laquelle sur un espace donné il existe une loi, et une seule (239). Cette dissipation de l'idée de l'État a un sens en matière d'application du DIH : dans la mesure où celui-ci est un droit de professionnels, sa mise en œuvre s'effectue fort convenablement ; mais dès lors que des non professionnels qui ne jouent pas le même jeu entrent en scène, il s'établit une dramatique distance entre la norme prévue et la situation couverte (240).

Cette orientation croissante des États, vers le milieu du XV^e siècle, – États européens comme la France, Saint-Empire romain-germanique, Empire Ottoman – à vouloir qu'une seule loi régitte l'ensemble du territoire a résorbé dans une large mesure la pluralité des ordres juridiques qui avaient pu coexister auparavant (241). Là réside l'un des éléments de réflexion sur l'État tel qu'il s'effondre actuellement à deux niveaux différents selon que l'on considère, d'une part, les pays industrialisés et, d'autre part, les pays en voie de développement – PVD ou certains pays d'Europe centrale et orientale – PECO (242).

Dans les pays industrialisés, le problème posé par le processus de déréglementation combiné au processus de mondialisation est celui de la fonction de l'État qui semble être relativement dévitalisée et qu'il convient donc de repenser (243).

En revanche, dans le cas des PVD – caractérisés par des problèmes de « *nation building* » – et de certains PECO, l'on est en pré-

(237) Pierre BRINGUIER.

(238) Pierre BRINGUIER.

(239) Pierre BRINGUIER.

(240) Pierre BRINGUIER.

(241) Katia BOUSTANY.

(242) Katia BOUSTANY.

(243) Katia BOUSTANY.

sence d'États qui regroupent des collectivités, ou plutôt des communautés – ce terme étant préférable car il recouvre dans leur essence des réalités religieuses, ethniques, linguistiques, etc. – dans un même espace géo-étatique; toutefois, leur regroupement s'opère par une construction de l'appareil étatique apparaissant comme une super-structure artificielle par rapport à leur histoire précédente, et entreprise pratiquement sans véritables négociations entre les communautés ou, si elles ont eu lieu, sans que des conditions optimales aient été réunies pour de telles négociations (244). Cet État là s'effondre comme on peut le constater partout en Afrique, à Chypre, au Liban, dans l'ex-Yougoslavie; et cela soulève la question de savoir quel est le rôle de l'État, et si l'on peut envisager une refondation ou repenser l'État au niveau constitutionnel car il semble bien que dans pareilles situations, l'État devrait davantage être le coordonnateur des communautés, de leur existence, pour restaurer une pluralité des ordres juridiques dans le cadre de laquelle s'insérerait le régime juridique en vertu duquel elles souhaiteraient être régies (245).

Au surplus, des manifestations de la crise de l'État peuvent être observées à travers sa subordination au monde économique, résultant vraisemblablement d'une mondialisation dont l'un des traits singuliers est l'émergence, au niveau local ou au niveau régional, de pouvoirs concurrentiels à ceux de l'État, comme par exemple des compagnies de sécurité (246). Cela confronte les humanitaires à de nombreuses interrogations, surtout dans certains pays où l'État n'apparaît plus comme une entité homogène et où un ministère de l'intérieur, un ministère de la défense, un ministère des affaires étrangères, un ministère de la sécurité, auront des politiques différentes souvent sans grande concertation entre eux (247). En outre, certains pays ont tendance à attendre de l'action humanitaire qu'elle constitue un humanitaire-providence remplaçant l'État là où il n'arrive plus à assumer son rôle en matière de protection sociale, en particulier parce qu'il n'arrive plus à collecter des impôts (248). L'ensemble de ces phénomènes soulève la question de savoir si l'ac-

(244) Katia BOUSTANY.

(245) Katia BOUSTANY.

(246) Marion HARROF-TAVEL.

(247) Marion HARROF-TAVEL.

(248) Marion HARROF-TAVEL.

tion humanitaire requiert le développement de nouveaux scénarios face à cet État en crise ou s'il faut seulement observer que le système international est en train de changer, les choses devant ensuite rentrer dans l'ordre (249).

Ce prisme de la crise de l'État entretient aussi des liens sensibles avec la problématique d'application du DIH dont l'une des principales difficultés actuelles résulte des modalités selon lesquelles il a été construit, faisant de l'État la pièce centrale de sa mise en œuvre même dans les situations de conflits non-internationaux – puisque l'analyse de l'article 3 commun des Conventions de Genève et de l'article 1 du Protocole II additionnel montre qu'à aucun moment la disparition de l'État n'a été envisagée alors que bon nombre de conflits contemporains provoquent un effondrement de l'État et des structures étatiques (250). Dans ce contexte, deux aspects sont à considérer : d'une part, le caractère technique du DIH, qui nécessite des experts ayant connaissance des règles précises, et qui fera très vraisemblablement défaut dans une situation où l'État disparaît et où les affrontements n'impliquent pas des forces armées ayant un entendement de ce dont il s'agit ; d'autre part, les principes fondamentaux, qui n'ont pas besoin d'experts techniques, et qui peuvent être dégagés de manière à informer la sollicitation d'un comportement de la part des combattants – un tel travail devant être accompli afin d'obtenir ultimement un meilleur respect de ces principes fondamentaux et moins de violations, ne serait-ce que moins massivement, des normes qui en sont les corollaires obligés (251).

Une démarche de cet ordre devrait également s'accompagner d'une réflexion sur le cycle de la violence qui s'instaure à partir du moment où le sang est versé – ainsi que l'a mis en évidence René Girard dans « *La violence et le sacré* » –, parce que chacun attribue à l'autre la violence originelle (252). Les éléments de la consultation du CICR attestent en effet que, dans le cas de la Bosnie, les Croates, les Serbes, les Bosniaques affirmaient pareillement être dans une situation de défense de la communauté, perçue comme en état de survie : cela témoigne précisément qu'au fond, chacun impute à

(249) Marion HARROF-TAVEL.

(250) Katia BOUSTANY.

(251) Katia BOUSTANY.

(252) Katia BOUSTANY.

l'autre la responsabilité de la violence originelle qui le place dans la position de répondre à cette violence (253).

Ce double phénomène de la violence originelle et du cycle de violence qui lui est rattaché compose l'agrégat d'un problème fondamental : celui du cycle de la haine perpétuée qu'il faut rompre pour restaurer un sens de l'altérité induisant un comportement susceptible de permettre à la norme d'avoir un meilleur déploiement (254). A cet égard, pour que la norme qui sollicite un comportement soit à même d'opérer, il n'est pas certain que l'on puisse se limiter au droit afin d'éviter que les comportements indésirables – les comportements que la norme dit être indésirables, voire qu'elle exprime en termes de prohibition – ne se répandent à l'échelle massive à laquelle on les retrouve actuellement ; car le type de conflit que l'on observe est en réalité différent de celui que les rédacteurs des Conventions de Genève avaient à l'esprit, si bien qu'ils n'ont prévu qu'une seule disposition relative aux conflits intra étatiques – l'article 3 commun –, et n'ont ultérieurement développé le deuxième Protocole additionnel qu'à hauteur de dix-huit dispositions utiles concernant cette même matière (255).

Dans la perspective de l'altérité, il est important de s'attacher au problème de l'identité qui est l'une des racines des conflits ethniques où, à l'instar de l'ex-Yougoslavie, il y a une obsession d'identité (256). Et l'identité devient meurtrière – pour reprendre le titre du livre de l'écrivain Amin Maalouf – ; c'est pourquoi parmi les tâches à entreprendre il faut accorder aussi un soin attentionné à celle de montrer que notre identité n'est pas unidimensionnelle, qu'elle n'est pas limitée à l'identité ethnique ou religieuse, mais qu'elle peut être multiple et ouverte reflétant la pluralité de nos appartenances (257). Cela a, là encore, des effets dans la sphère juridique : quand le groupe ethnique est placé au sommet de l'échelle des valeurs, les droits de la personne pâtiennent tragiquement (258).

Pour pertinente qu'elle puisse être à certains égards, l'idée de la disparition d'un espace de civilité n'en est pas moins objet de

(253) Katia BOUSTANY.

(254) Katia BOUSTANY.

(255) Katia BOUSTANY.

(256) Peter LEUPRECHT.

(257) Peter LEUPRECHT.

(258) Peter LEUPRECHT.

contestation. Force est d'admettre que l'on a depuis toujours tenté d'humaniser la guerre et que l'on s'est constamment heurté à un remarquable constat d'échec : l'on est en présence d'un droit qui demeure dans les livres et qui, malheureusement, est très peu présent sur le terrain, même s'il n'en est pas totalement absent (259). Il y a des espaces de civilité aujourd'hui comme il y en avait jadis, mais il y a aussi des espaces d'horreur qui sont infiniment plus vastes, hélas, jadis comme il en reste aujourd'hui (260). Néanmoins, dans la mesure où la guerre c'est la disparition de l'espace de civilité, le droit humanitaire a justement pour objectif d'en aménager un minimum ; car si l'on n'introduit pas ce minimum d'espace de civilité, l'efficacité de la guerre aboutit à l'anéantissement de l'adversaire (261). Dans cette optique, l'espace de civilité serait celui où les parties à un conflit continueraient peu ou prou à respecter les règles, même si elles ne le font pas de manière satisfaisante, en sorte que là où n'existerait plus aucun respect de la règle tout espace de civilité serait sapé (262).

En son principe, le DIH concerne deux sortes de destinataires : les États au niveau diplomatique, et les individus sur le terrain (263) ; sur un théâtre de guerre, tous ont un intérêt réciproque au respect du droit : les États pourraient en tirer un avantage politique et les individus ont souci de voir leurs vies épargnées (264). Cet intérêt réciproque des combattants au respect du droit est intégré comme une donnée tactique ou stratégique dans la conduite des opérations militaires (265). Cependant, cet intérêt partagé, plutôt que réciproque, au respect de la règle de DIH (266) – l'enseignement auprès des militaires ayant toujours une juste réticence à recourir au concept de réciprocité (267) – peut être mis de l'avant pour autant qu'il s'agit d'un DIH appliqué par des États, autrement dit par des armées régulières (268) ; or dans leur grande majorité, les conflits des dernières décennies impliquent des belligérants

(259) Eric DAVID.

(260) Eric DAVID.

(261) Pierre BRINGUIER.

(262) Katia BOUSTANY.

(263) Michel DEYRA.

(264) Michel DEYRA.

(265) Michel DEYRA.

(266) Katia BOUSTANY.

(267) Stéphane BOURGON.

(268) Katia BOUSTANY.

qui, certes, peuvent être des groupes organisés avec un commandement responsable au sens où le voudrait le Protocole II, mais pour lesquels le repère communautaire prime sur toute autre considération (269). En conséquence, dans un environnement où la violence se justifie par la violence originelle postulée commise par l'autre, déclenchant un cycle qui devient infernal, cet intérêt partagé se trouve complètement renversé puisqu'en réalité ce qui prévaut dans le comportement des belligérants c'est la proposition complètement opposée : « à la violation, je réponds par la violation » et non « au respect de la règle de droit, je réponds moi aussi par le respect de la règle de droit » (270). C'est, du reste, l'un des facteurs qui rend l'intervention des humanitaires du CICR et des ONG beaucoup plus difficile parce que ce respect partagé n'existe plus (271).

D'un point de vue statistique, cependant, il faut reconnaître que le nombre de morts dans les guerres était considérablement plus grand durant la première moitié du XX^e siècle jusqu'à la Deuxième guerre mondiale où l'on cite le chiffre de 130 millions de morts alors que depuis 1945 les combats armés auraient provoqué 40 à 50 millions de morts (272). Il existe également des statistiques selon lesquelles pendant la Première guerre mondiale 90 % des victimes étaient des militaires et 10 % des civils tandis que maintenant l'on aurait la proportion exactement inverse avec 90 % de victimes civiles et 10 % de militaires (273). Toutefois, depuis 1945, avec la Déclaration universelle des droits de l'Homme, les quatre Conventions de Genève et d'autres dispositifs juridiques, il semble que dans le domaine du droit le monde soit de plus en plus civilisé et qu'il y ait moins de morts, le facteur le plus important à cet égard étant l'interdiction de l'emploi de la force armée consignée à l'article 2 § 4 de la Charte des Nations Unies et l'identification des crimes contre la paix, en sorte qu'il y a eu peu de conflits internationaux dans la deuxième moitié du XX^e siècle (274). De plus, des données mesurées au sein des Nations Unies font apparaître une diminution de l'impact humanitaire de l'utilisation de la force depuis 1990 avec l'éli-

(269) Katia BOUSTANY.

(270) Katia BOUSTANY.

(271) Katia BOUSTANY.

(272) William SCHABAS.

(273) William SCHABAS.

(274) William SCHABAS.

mination de 30 % et 40 % respectivement du nombre de réfugiés et de personnes déplacées (275).

Nonobstant leur utilité comme indicateurs de tendances, de telles statistiques ne sauraient signifier une amélioration au niveau de la civilité ou de la civilisation : tout d'abord, l'un des objectifs majeurs du DIH est d'épargner les civils – d'où le principe de distinction –, si bien que le ratio de 90 % de civils qui meurent dans les guerres de nos jours, plutôt que des militaires, met en évidence un grave problème généralisé de civilisation (276). En effet, lorsque l'on s'interroge sur le sens du terme civilisation – et avec la formulation de l'article 38 c) du Statut de la CIJ, la question revient régulièrement dans le cadre de l'enseignement du DIP – l'une des acceptations avancées est qu'elle constitue le passage du militaire au civil, plus précisément du gouvernement des militaires à celui des civils, autrement dit l'assujettissement du militaire à la décision civile dont les sociétés démocratiques font, en principe, une règle essentielle ; or l'observation du type de conflits sévissant actuellement montre que cette distinction et cette structuration sont entièrement annihilées : dans la réalité des conflits intra étatiques des deux ou trois dernières décennies ce sont des civils qui deviennent des militaires plus ou moins improvisés, et la protection des civils disparaît totalement pour de multiples raisons dont certaines ont déjà été évoquées (277). En conséquence, ce qui aurait pu être une des caractéristiques de la civilisation dans un contexte conflictuel n'existe plus, et cela illustre une dissolution de l'espace de civilité ou de civilisation d'autant plus grave que les pays démocratiques jouissant de systèmes organisés contemplent une telle dissolution comme si elle ne posait aucun problème (278).

A n'en point douter, il y a là un véritable paradoxe dans la mesure où ces mêmes pays démocratiques mettent en scène, d'une part, une forme sélective d'intervention humanitaire adossée sur l'appui militaire comme moyen d'endiguement des violations du DIH et des droits de l'Homme sur le terrain et, d'autre part, des juridictions de répression pénale de ces violations. Dès lors, il

(275) Claude BRUDERLEIN.

(276) Katia BOUSTANY.

(277) Katia BOUSTANY.

(278) Katia BOUSTANY.

devient inévitable de s'interroger sur la finalité de ces processus et leur portée dans la réalisation d'une effectivité de la règle de droit.

II. – DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE ET ACTION HUMANITAIRE COMME INSTRUMENTS DE GESTION DES CONFLITS

A la faveur d'un double mouvement d'ingérence du politique dans l'humanitaire et d'ingérence de l'humanitaire dans le politique (279), le DIH et l'action humanitaire sont devenus des composantes majeures dans le paysage conflictuel contemporain.

D'un certain point de vue, la croissance exponentielle de l'action humanitaire est le signe d'un désordre mondial (280). Par la multiplicité de ses formes, elle manifeste une confusion des rôles et des idées cristallisant l'élément le plus important de l'humanitaire en crise : l'État, désertant son rôle, accapare celui des organisations à défaut de remplir le sien (281). Et s'il est possible d'affirmer que l'action humanitaire est un mode de gestion des crises, il serait peut-être encore plus juste de dire que c'est un mode de non gestion des crises (282). Il faut bien admettre, en effet, que l'action humanitaire des gouvernements, à tout le moins à ses débuts, a été une sorte de leurre à la face de l'opinion publique pour lui faire croire que quelque chose était entrepris (283). En témoigne la visite du président Mitterrand à Sarajevo en 1992 à propos de laquelle il avait été écrit que l'on attendait le président de la République Française et l'on a vu débarquer le président d'une association humanitaire (284). Cet accaparement de l'action humanitaire par l'État traduit une sorte de renversement des perspectives qu'illustre l'évolution des tâches du Haut Commissariat pour les Réfugiés – HCR : institué en 1951 avec un mandat de protection beaucoup plus que d'assistance, celui-ci reçoit actuellement une masse considérable de fonds destinée à fixer les réfugiés dans un lieu où les États donateurs sont certains qu'ils demeureront, marquant ainsi le

(279) Daniel DORMOY.

(280) Pierre BRINGUIER.

(281) Pierre BRINGUIER.

(282) Pierre BRINGUIER.

(283) Pierre BRINGUIER.

(284) Pierre BRINGUIER.

passage de l'humanitaire – dont le dictionnaire Robert donne pour synonyme le terme « philanthropie » – à un intérêt étatique égoïste (285).

Parallèlement, dans une approche davantage dirigée vers la répression, le phénomène de pénalisation représente l'élément central du développement du Droit humanitaire dans les années récentes (286). Certes, les Conventions de Genève avaient prévu un appareil répressif, mais jamais sans doute la place de cette répression n'a été aussi importante que de nos jours avec la création des Tribunaux *ad hoc* et de la Cour Pénale Internationale – CPI (287). Il y a là une mutation substantielle dans la perspective du DIH : le poids de la répression pénale paraît déplacer l'attention portée au DIH vers la sanction alors que ce dispositif juridique semblait plutôt axé sur une perspective préventive (288). Cette pénalisation répond à un autre phénomène, celui de la criminalisation des conflits : non seulement le principe de l'interdiction de l'emploi de la force armée en droit international conduit naturellement, dans une sorte de logique d'emblée inhérente à la Charte des Nations Unies depuis 1945, à assimiler la guerre à un crime, puisqu'elle est prohibé ; mais surtout dans un grand nombre de conflits, les acteurs de la guerre se comportent en réalité d'une façon criminelle – voire, le but de la guerre devient criminel comme par exemple lorsqu'elle vise la réalisation de l'épuration ethnique (289).

Sans remettre en cause le sens de l'effort engagé en matière pénale ni, surtout à long terme, l'importance de la construction d'un ordre international assorti d'un mécanisme de répression des crimes, le doute subsiste quant à l'impact d'un tel processus sur la mise en œuvre effective et le respect du DIH (290).

Il est à craindre, en fait, que le déplacement d'intérêt de l'application du DIH sur le théâtre des conflits vers le prétoire où, cependant, se réalise un élargissement de sa sphère de déploiement ne constitue par ailleurs le syndrome d'un affaiblissement de la règle de droit dans sa portée opérationnelle. Simultanément, les transferts

(285) Pierre BRINGUIER.

(286) Pierre BRINGUIER.

(287) Pierre BRINGUIER.

(288) Pierre BRINGUIER.

(289) Pierre BRINGUIER.

(290) Claude BRUDERLEIN.

dans l'action humanitaire, du soulagement des populations civiles par les organisations civiles de secours aux victimes des conflits vers l'imposition de mesures de sauvegarde des civils par l'envoi ou l'intervention de militaires, figurent un mode de traitement des situations qui est loin d'être à l'abri de conséquences contre-productives. Il y a là comme une double motion contradictoire dont la multiplicité des composantes aboutit inévitablement à des résultats tantôt positifs, tantôt aléatoires.

A. – *Extension du droit et de l'action*

Avec le développement d'interventions humanitaires adossées sur le mécanisme traditionnel des opérations de maintien de la paix – OMP ou sur le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, l'on assiste à une sorte de conversion de l'ONU d'organe fondamental du *jus contra bellum* à organe du *Jus in bello*, dans une dynamique où action humanitaire et droit humanitaire ne peuvent être séparés (291). Et dans le sillage des Nations Unies, même les organisations internationales les plus éloignées des horizons humanitaires sont devenues des agents importants de l'humanitaire, la plupart de leurs implications dans des crises revêtant précisément la forme d'interventions de type humanitaire (292). Cette dérive humanitaire des organisations internationales est la preuve d'une incapacité : auparavant, le Conseil de sécurité subissait un blocage du fait de la guerre froide, mais aujourd'hui les blocages sont d'un autre ordre justement parce qu'il n'y a pas de blocage (293). Or il faut que le Conseil de sécurité agisse, mais comme il ne peut faire son métier il en entreprend un autre : celui des organismes humanitaires (294). En conséquence, les nouveautés parues ces derniers temps en matière de mise en œuvre du DIH procèdent non pas des circuits décisionnels du droit de Genève mais des assises décisionnaires du droit de New York car nous sommes en présence d'une situation qui conduit les Nations Unies à masquer l'impuissance par une apparence de puissance à travers l'action humanitaire : l'engagement n'est pas destiné à l'élimination, la prévention ou la réduction des conflits, mais il gravite autour d'une action qui laisse les protago-

(291) Luigi CONDORELLI.

(292) Luigi CONDORELLI.

(293) Luigi CONDORELLI.

(294) Luigi CONDORELLI.

nistes s'entretuer pendant que l'on dispense de l'aide humanitaire (295).

Cette sorte de déplacement de la part de l'ONU, de sa fonction de prévention ou de terminaison des conflits – autrement dit de sa fonction de maintien de la paix au sens premier –, vers une fonction de gestion des situations conflictuelles selon un mode différent à travers le DIH paraît contribuer à l'allongement des conflits qui ne sont ainsi jamais terminés (296).

A la décharge du Conseil de sécurité, il convient de concéder que l'organe principal du maintien de la paix ne dispose pas des capacités opérationnelles, militaires – sans compter les limites financières de l'Organisation et vraisemblablement ses incompétences – pour remplir son rôle sur des bases humanitaires par l'application apolitique des mêmes mesures de protection dans tous les cas où cela se présente (297). A titre d'exemple, pour assurer la protection des civils en Angola, au Soudan, le Conseil de sécurité devrait multiplier par huit ou par dix les ressources nécessaires qui sont à sa disposition en ce moment; il devrait développer des stratégies d'intervention et de déploiement qui n'existent pas actuellement, des stratégies militaires indispensables, et à des coûts acceptables, pour une intervention en situation complexe du type de celle de l'OTAN au Kosovo afin de rétablir la paix dans des conjonctures telles que le Sierra Leone; il s'agit là d'interventions multiples et répétées sur des terrains variés, loin des routes d'accès et loin de la mer, toutes données qui représentent des considérations importantes en termes militaires (298). En l'état des choses, – mis à part le problème de sa volonté politique de s'engager ainsi et qui relève probablement de sa procrastination, d'un manque de maturité politique de l'Organisation, de l'absence de caractère démocratique notamment par le jeu du veto de ses Membres permanents – le Conseil de sécurité n'est pas à même d'entreprendre de telles opérations; aussi son mode d'approche de l'humanitaire vise-t-il une action plutôt aisée, « *a quick fix* » selon le langage anglais en cours (299). Il est d'ailleurs notable que le Pentagone ait conçu la formation de deux brigades

(295) Luigi CONDORELLI.

(296) Katia BOUSTANY.

(297) Claude BRUDERLEIN.

(298) Claude BRUDERLEIN.

(299) Claude BRUDERLEIN.

légères au sein de l'armée américaine, alors que cela ne faisait pas partie des priorités de l'armée aux États-Unis, afin de disposer de forces de déploiement rapide (300).

Une telle démarche des Etats-Unis appelle des réserves pour deux séries de raisons corrélées : tout d'abord, la question de l'absence de moyens militaires à la disposition du Conseil de sécurité pour entreprendre le type d'intervention évoqué ici n'est pas nouvelle et remonte à l'aube de l'Organisation ; elle tient aux causes qui ont toujours empêché l'application de l'article 43 tel qu'il a été initialement prévu par la Charte, à savoir que les Membres permanents du Conseil de sécurité sont incapables – et le demeureront vraisemblablement – de s'entendre sur les modalités selon lesquelles des forces armées seraient mises à sa disposition ; autrement dit, même si l'Organisation universelle songeait à s'engager dans cette sorte d'intervention, elle ne sera jamais prête pour le faire (301). En conséquence, cela signifie que ceux qui se préparent à le faire, ou à mettre des forces à la disposition de l'Organisation à cet effet, ce sont une fois de plus les Etats-Unis et ceci pose dans sa véritable dimension le problème d'un processus de décision politique qui va présider au déclenchement d'une action humanitaire ; pourtant, dans une situation qui réclame l'acheminement de secours humanitaires, ou qui requiert une assistance humanitaire dépassant comme dans le cas du Kosovo le seul envoi de secours, l'on s'attendrait moralement à ce que ce rôle soit dévolu aux organisations humanitaires et à ce que les ressources financières des États soient davantage mises à la disposition de telles organisations – dont l'humanitaire est la raison d'être – plutôt que de l'ONU (302). Car, s'agissant de gestion ou de non gestion de crise, la difficulté majeure soulevée par l'interférence du facteur politique dans la décision de recourir à une action humanitaire à défaut d'autre chose c'est le préjudice même qui a été causé à l'action humanitaire, laquelle est en réalité l'une des conséquences inéluctables en situation de conflit armé de la mise en œuvre d'une partie au moins du DIH, celle assurant la protection de certaines catégories de personnes (303).

(300) Claude BRUDERLEIN.

(301) Katia BOUSTANY.

(302) Katia BOUSTANY.

(303) Katia BOUSTANY.

Parmi les dispositifs établis par le Conseil de sécurité dans le cadre de certaines interventions humanitaires, la création de zones ayant pour objectif de placer la population d'une localité à l'abri de la menace de ses adversaires met particulièrement en lumière cette propension à dédoubler le DIH par des dispositifs parallèles qui s'en rapprochent et s'en distinguent tout à la fois. Certes, les dispositions des Conventions de Genève de 1949 prévoyant l'instauration de zones protégées ont été peu ou rarement mises en œuvre, et parmi les zones protégées ayant été instituées dans le cadre du droit de Genève peu d'entre elles ont parfaitement correspondu aux conditions prévues par les règles du DIH puisque dans la plupart des cas le CICR a joué un rôle prépondérant dans leur création et leur fonctionnement (304).

Même si la pratique montre que leur mise en œuvre est extrêmement délicate, ces zones ont manifesté leur éminente utilité parce qu'elles ont certainement sauvé d'innombrables vies; aussi, l'objectif poursuivi par les différentes sortes de zones du DIH reste-t-il pleinement valable, qui vise fondamentalement à protéger certaines catégories particulièrement vulnérables de victimes des conflits armés (305). Ces zones établies en vertu du DIH ont un caractère temporaire et n'offrent aucune garantie aux personnes contre la capture par l'ennemi, mais leur caractéristique la plus importante, qui les différencie des zones de sécurité de l'ONU, est qu'elles sont basées sur le consentement des parties – consentement qui peut être exprès ou plus ou moins exprès mais qui ne saurait en aucun cas être implicite –; en outre, elles ressortissent clairement du *Jus in bello*, et elles établissent un régime de droits et d'obligations identiques pour toutes les parties concernées (306). En somme, ces zones protégées offrent un ou des moyens supplémentaires de mise en œuvre d'un principe majeur en DIH, celui de la distinction entre objectif civil et objectif militaire, comme en réponse à l'érosion dudit principe lorsque la population qui devrait être respectée devient l'objectif, ou l'objet ou l'un des objectifs principaux du conflit (307).

(304) Antoine BOUVIER.

(305) Antoine BOUVIER.

(306) Antoine BOUVIER.

(307) Antoine BOUVIER.

Les zones de sécurité des Nations Unies ont également pour but de protéger la population ou une certaine catégorie de la population, mais elles ont surtout pour visée de contrecarrer des politiques criminelles ou des politiques incompatibles avec les principes et règles des droits de l'Homme ou du DIH ; ce qui les distingue essentiellement de celles qui procèdent du droit de Genève c'est qu'elles résultent d'une résolution du Conseil de sécurité adoptée en vertu du Chapitre VII de la Charte et, par conséquent, opposables à tous les autres Membres de l'ONU (308). Elles sont donc le produit de la volonté politique d'un organe politique ayant un objectif politique : le maintien ou le rétablissement de la paix (309). De pratique bien moins répandue puisqu'elles sont historiquement plus récentes, les zones de sécurité mises en place aux termes de la résolution 824 du Conseil de sécurité – nonobstant le désastre tragique de Srebrenica – ont tout de même rendu des services importants et protégé un grand nombre de personnes qui auraient pu être victimes du conflit en ex-Yougoslavie ou qui l'étaient déjà dans une certaine mesure (310).

Zones de sécurité et zones protégées présentent, néanmoins, trois types de risques communs : le premier concerne l'aggravation possible de la situation des victimes du conflit ne se trouvant pas dans les zones protégées ou dans les zones de sécurité, par l'impression susceptible d'être donnée aux combattants qu'à l'extérieur de ladite zone ils auraient un choix tout à fait libre des méthodes et moyens de combat ; il y a ainsi quelque étonnement quand un hôpital est transformé en zone protégée alors qu'un hôpital est supposé devoir être utilisé à des fins sanitaires et par conséquent bénéficier d'une protection à cet égard (311). Le deuxième risque est celui que courent des civils se trouvant dans des zones mal protégées ou mal définies, soit par défaut de consentement des parties ou de certaines d'entre elles soit, dans le cas des zones de sécurité des Nations Unies, lorsque les moyens de défense nécessaires n'ont pas été rendus disponibles (312). Enfin le troisième risque c'est de voir la constitution, et même le financement de ces zones permettre aux

(308) Antoine BOUVIER.

(309) Antoine BOUVIER.

(310) Antoine BOUVIER.

(311) Antoine BOUVIER.

(312) Antoine BOUVIER.

parties à un conflit et surtout à la communauté internationale d'éluder certaines de leurs responsabilités, notamment leur obligation de contribuer au règlement du différend (313).

Il se dégage de la pratique des zones protégées que certaines ont très bien fonctionné et d'autres très mal, avec des exemples d'échecs absolus comme au Sierra Leone, à la fin des années 80, où la Croix-Rouge locale et certaines organisations missionnaires ont décidé, dans une situation extrêmement difficile, de neutraliser des églises ; or ces zones avaient été constituées sans l'accord de toutes les parties et le résultat a été que des centaines de personnes qui s'y étaient massées ont ensuite été exterminées parce que l'une ou l'autre des parties au conflit avait prétendu n'avoir donné aucun accord (314).

Dans leur ensemble, ces zones représentent une illustration intéressante du besoin d'avoir de nouvelles stratégies de protection (315). Tout d'abord, la confusion dans le terme même de protection, dont les juristes sont en partie responsables, entraîne son emploi dans des contextes différents et avec des significations variées aboutissant ainsi à une utilisation abusive de ce concept avec les conséquences dramatiques que l'on connaît dans des situations telles celle de la Bosnie (316). De fait, dans le chaud des hostilités, la confusion terminologique peut porter de graves préjudices à la population : la création d'une zone protégée est annoncée, alors qu'en réalité elle n'est pas protégée ; toutefois les personnes qui recherchent une protection vont s'y rendre et se trouveront ainsi exposées à une certaine vulnérabilité quand la zone n'est pas défendue (317). Par ailleurs, les zones protégées érigées sur base du consentement des parties soulèvent le problème de la signification d'un tel consentement : il s'agit concrètement de la volonté tout à fait libre de se retenir de lancer une attaque contre la zone en question, mais également de la volonté tout aussi libre de retirer ce consentement en déclarant ne plus considérer la zone comme protégée et en l'attaquant avec les personnes qui s'y trouvent (318). À l'évidence, le fondement de la protection est versatile et les per-

(313) Antoine BOUVIER.

(314) Antoine BOUVIER.

(315) Claude BRUDERLEIN.

(316) Claude BRUDERLEIN.

(317) Claude BRUDERLEIN.

(318) Claude BRUDERLEIN.

sonnes qui paient pour cette fragilité ce sont celles se trouvant dans la zone (319). Pour ces raisons, les Nations Unies, en coopération avec le CICR et le HCR ont tenté d'examiner s'il fallait élaborer une stratégie ou des conditions pour l'établissement de telles zones, s'attachant en particulier à réfléchir sur la manière d'éviter les avis contradictoires entre le HCR, le CICR et d'autres organismes dans le cadre de consultations que pourrait mener le Conseil de sécurité en rapport avec une situation de crise car, dans bien des circonstances, celui-ci ayant une vision minimaliste sera tenté de décréter une zone protégée en y installant quelques soldats de maintien de la paix – *peacekeepers* – sans clarifier pour autant leur mandat à cet égard (320).

Experts et praticiens sollicités pour cette réflexion ont conclu qu'en considération de la confusion relative au terme « protection », celui-ci ne pouvait être maintenu et il faudrait remplacer le concept de « zone protégée » par celui de « zone humanitaire » constituant une zone neutre, consensuelle et temporaire destinée à un service humanitaire; quant aux autres zones, elles devraient être dites de sécurité car elle ne sont pas établies pour des motifs humanitaires mais pour des raisons de sécurité commandant ainsi l'emploi des moyens nécessaires permettant de les défendre (321). Mais une telle solution n'est pas entièrement convaincante car les zones de sécurité créées sur la base d'une résolution du Conseil de sécurité comportent aussi un but humanitaire; en outre, il ne faut pas omettre que le DIH lui-même, à l'article 14 de la Convention IV prévoit la création de zones et localités sanitaires et de sécurité si bien que la distinction simplifiée qui est proposée a bien des chances de ne pas régler le problème terminologique (322).

Il n'empêche que la définition suggérée à l'issue de la réflexion évoquée a été retenue dans le rapport présenté au Conseil de sécurité, avec la recommandation d'une stratégie en trois étapes : face à une situation semblable à celle qui a existé en Bosnie, les parties au conflit peuvent se voir offrir de consentir à l'établissement d'une zone humanitaire; cependant, en cas de conflit ethnique il est plausible d'avoir un doute sur la duplicité d'une partie à consentir puis

(319) Claude BRUDERLEIN.

(320) Claude BRUDERLEIN.

(321) Claude BRUDERLEIN.

(322) Antoine BOUVIER.

à retirer son consentement concernant l'instauration d'une telle zone humanitaire dans un but tactique ou de purification ethnique pour provoquer des mouvements de population (323). C'est pourquoi, si l'on constate que ce consentement n'est pas possible ou n'est pas souhaitable, l'on visera la mise en place d'une zone de sécurité, ce qui pose la double question de la volonté politique et des moyens militaires pour la défendre (324). Enfin, si l'on ne détient ni les moyens nécessaires pour établir une zone de sécurité ni le consentement des parties au sujet d'une zone humanitaire, la troisième option sera l'évacuation de la population et l'on devra être en mesure de la favoriser (325). Cette stratégie a été appliquée au Timor Oriental dans le cas de Dili, où plus de 1500 personnes avaient trouvé refuge dans une zone dite protégée dans le campement des Nations Unies; l'Organisation a procédé en trois étapes : elle a constaté qu'il était inutile de rechercher le consentement des forces irrégulières entourant le campement pour établir une zone humanitaire car il était difficile d'en garantir la fiabilité; quant à la création d'une zone de sécurité, cela présupposait le parachutage de troupes militaires ou para-militaires pour renforcer la protection du campement, ce qui était perçu comme politiquement difficile à entreprendre du fait que les Nations Unies étaient en négociation avec les Indonésiens en vue du déploiement d'une force multinationale et qu'une telle mesure aurait pu être assimilée à une provocation; aussi, a-t-il été jugé préférable d'évacuer ces 1500 personnes dans les trois jours vers l'Australie (326).

Force est donc d'admettre que le concept originel de zones protégées dans les conflits internes devrait être revu pour éliminer la confusion affectant le terme de « protection » et pour disposer d'une stratégie plus claire et cohérente vis-à-vis des autorités politiques, notamment quant à leurs responsabilités lorsque de tels arrangements sont considérés (327). L'idée de nouvelles révisions du droit humanitaire ne fait pas généralement l'économie de réactions plutôt hostiles car le DIH est suffisamment perfectionné et sophistiqué qu'il suffirait simplement d'appliquer ses dispositions, même les

(323) Claude BRUDERLEIN.

(324) Claude BRUDERLEIN.

(325) Claude BRUDERLEIN.

(326) Claude BRUDERLEIN.

(327) Claude BRUDERLEIN.

plus complexes; s'agissant cependant de zones humanitaires, de zones protégées, de zones de sécurité, il conviendrait de repérer une manière d'uniformiser ces différents concepts qui sont finalement difficiles à appréhender, surtout que nombre de zones ne sont pas constituées par accord et que certaines peuvent l'être par déclaration militaire (328).

Parallèlement à l'engagement des Nations Unies dans ce qui, pour l'Organisation universelle, constitue une nouvelle forme d'action, les conflits de l'après-Guerre froide – fussent-ils interétatiques à l'instar de celui qui a abouti à l'invasion du Koweït par l'Irak, ou intra étatiques à l'exemple de la Somalie – ont vu le Conseil de sécurité autoriser les États Membres à entreprendre des interventions militaires d'envergure au titre du rétablissement et du maintien de la paix et de la sécurité internationales, inaugurant ainsi un *modus operandi* pratiquement inédit jusqu'alors – à l'exception éventuelle de l'opération menée en Corée lors de la crise de 1950-1951 –, remettant ainsi au devant de l'actualité la question de l'application du DIH aux opérations de maintien de la paix et, plus globalement, aux actions conduites au titre du maintien de la paix, qu'elles soient de caractère régional ou multinational.

Une réponse est apportée par la circulaire du Secrétaire général des Nations Unies en date du 6 août 1999 selon laquelle les forces des Nations Unies devront respecter certaines règles quand elles sont engagées sur un terrain dont la conjoncture les oblige à employer la force; une liste de ces règles est dressée de façon synthétique, essentiellement reprises du droit des conflits armés internationaux mais portant leur application dans toutes les situations où les forces des Nations Unies sont déployées, ce qui semble indiquer à cet égard une tendance au dépassement de la nature du conflit, tout au moins en ce qui concerne l'ONU (329). Comme elle énonce que les forces onusiennes doivent suivre les principes et règles fondamentaux du DIH – en anglais, *international principles and rules of international humanitarian law* –, cette circulaire marque un progrès considérable par rapport au langage antérieur qui se limitait aux principes et à l'esprit du DIH (330). Il est vrai, un flou subsiste du fait que le résumé de ces principes et règles est très court et fort

(328) Eric DAVID.

(329) Luigi CONDORELLI.

(330) Luigi CONDORELLI.

condensé; néanmoins, l'article 2 de la circulaire signale que ses dispositions ne constituent pas une liste exhaustive des principes et règles du droit international humanitaire s'imposant au personnel militaire et ne préjugent pas de leur application (331). C'est donc une reconnaissance importante de l'application très large du droit humanitaire aux actions des forces des Nations Unies (332). Toutefois, le Secrétaire général de l'ONU ne prétend pas édicter les règles que devront appliquer les États de l'OTAN ou autres qui agiraient au nom des Nations Unies, avec autorisation, voire sans autorisation, ou avec une autorisation présumée de la part du Conseil de sécurité : le propos du Secrétaire général concerne les actions des forces des Nations Unies identifiées comme des interventions de contrainte et des opérations de maintien de la paix, autrement dit toutes opérations dans lesquelles l'emploi de la force peut être requis et pour lesquelles il est désormais établi que les règles applicables sont celles qui proviennent du droit des conflits armés internationaux (333).

Par ailleurs, il est notable que dans son rapport remis le 16 septembre 1999 au Conseil de sécurité sur la protection des victimes, le Secrétaire général recommande de souligner l'importance du respect du DIH et des règles relatives aux droits de l'Homme dans la conduite de toutes les opérations de maintien de la paix, le terme « toutes » montrant bien que le Secrétaire général n'entendait pas exclure de l'application de la circulaire des opérations qui ne seraient pas nécessairement entreprises dans un contexte de conflit armé (334).

D'un certain point de vue, cet acte par lequel le Secrétaire général affirme que le DIH s'applique aux forces de maintien de la paix représente une simplification à outrance qui n'est pas sans receler quelque danger : les États participant aux opérations de maintien de la paix ont traditionnellement signalé, au moment de leur participation, qu'ils n'étaient pas parties au conflit dans lequel leurs forces allaient être impliquées sous l'égide de l'ONU et que de ce fait leurs soldats n'étaient pas des combattants, en conséquence de quoi le DIH ne s'appliquait pas d'une façon juridique aux troupes

(331) Luigi CONDORELLI.

(332) Luigi CONDORELLI.

(333) Luigi CONDORELLI.

(334) Claude BRUDERLEIN.

de leur pays; cependant, ces mêmes États ont usuellement annoncé qu'ils respecteraient l'esprit et la lettre des Conventions et du DIH (335). Or cela ne résout pas le problème de la détermination du Statut des Casques Bleus dans le cas, par exemple de leur prise en otages par les Serbes de Bosnie : sont-ils des civils ou des combattants, notamment en considération de la quatrième Convention de Genève aux termes de laquelle l'infraction grave de prise d'otages ne s'applique qu'à l'égard de victimes civiles? (336) Certes, l'on pourrait trouver une porte de sortie par le biais de la troisième Convention en soutenant que la prise d'otages constitue une infraction parce qu'elle équivaut à un traitement inhumain (337). Néanmoins, la détermination du statut des Casques Bleus sur le terrain demeure capitale, tout comme celle de la partie ayant autorité pour en décider en vue de clarifier quel droit leur est applicable (338). Avec la publication de la circulaire du Secrétaire général énonçant que le droit humanitaire s'applique aux forces de maintien de la paix, il ne faut pas omettre de tenir compte des conséquences de l'applicabilité du droit : cela peut signifier que les forces de maintien de la paix sont parties à un conflit qui connaîtrait une internationalisation; ces forces pourraient de ce fait être ciblées, certains de leurs membres pourraient devenir prisonniers de guerre, alors qu'il n'est pas souhaitable que les Casques Bleus soient des cibles ou puissent devenir prisonniers de guerre ou détenus – la qualification qui pourrait leur être apposée n'étant pas d'importance dans la perspective qui nous occupe ici (339).

Exprimé en termes d'États qui ne seraient pas liés par le droit humanitaire lorsqu'ils mettent leurs forces au service des Nations Unies, le problème est en réalité mal posé car les militaires ainsi employés ne représentent plus des forces des États mais deviennent des forces des Nations Unies; aussi, la question est-elle celle de l'application du DIH non pas aux États mais aux forces des Nations Unies (340). Et l'on peut se demander si la relation entre l'État hôte et les forces des Nations Unies ne constituerait pas une situation internationale et, par conséquent, une situation de conflit armé

(335) Stéphane BOURGON.

(336) Stéphane BOURGON.

(337) Stéphane BOURGON.

(338) Stéphane BOURGON.

(339) Stéphane BOURGON.

(340) Eric DAVID.

international en sorte que par une manière de coup d'état juridique commis par le Secrétaire général au moyen de ladite circulaire le droit humanitaire, ou du moins l'essentiel de son contenu, connaît une extension considérable par rapport à ce qui y est normalement prévu relativement aux conflits armés non internationaux (341).

Il a été soutenu, y compris par certains au CICR – même si ce n'est pas la doctrine de l'institution, qu'à partir du moment où des forces des Nations Unies interviennent quelque part, de ce fait même le conflit devient international en tout état de cause (342). Un tel raisonnement peut en effet être tenu; mais l'important, en somme, est de constater que les règles à suivre sont celles des conflits armés internationaux : c'est le sens, positif, de la démarche du Secrétaire général des Nations Unies (343).

Dans la mesure où quasiment l'ensemble des États sont parties aux Conventions de Genève, la question de l'applicabilité du DIH aux forces, ou aux opérations ou aux actions au titre du maintien de la paix laisse d'ailleurs quelque peu perplexe : par quel mystère les forces armées d'un État qui seraient obligées par le DIH lorsqu'elles se trouveraient engagées directement dans un conflit en tant que forces armées dudit État, ne le seraient pas si elles étaient incorporées dans une opération de maintien de la paix ou employées lors d'une action de contrainte dans le cadre du maintien de la paix ? (344) La circulaire du Secrétaire général clarifie la situation en ce qui concerne les contingents des États placés sous le commandement de l'ONU; toutefois, un très sérieux problème subsiste au sujet des contingents d'États agissant comme forces de maintien de la paix dans le cadre d'une décision adoptée par un organisme régional : alors que très tôt, grâce à l'insistance du CICR, il a été possible d'intégrer dans les accords bilatéraux entre l'ONU et les États fournisseurs de contingents une clause expresse par laquelle ceux-ci souscrivaient à l'engagement de respecter l'esprit et la lettre des Conventions et du DIH, rien de tel n'existe pour les opérations de maintien de la paix conduites sous l'égide d'organismes régionaux, telles la Force Arabe de Dissuasion déployée au Liban en vertu d'une résolution de la Ligue des États Arabes ou l'ECOMOG mise

(341) Eric DAVID.

(342) Luigi CONDORELLI.

(343) Luigi CONDORELLI.

(344) Katia BOUSTANY.

en place au Libéria par un certain nombre d'États d'Afrique de l'Ouest (345). Or ces forces régionales de maintien de la paix deviennent très souvent des parties prenantes au conflit qu'elles sont postulées apaiser et cela a lieu dans un contexte où il n'y a plus de règles applicables sous prétexte d'un vide juridique qui n'existe que parce que l'on n'a pas considéré originellement que l'applicabilité du DIH aux actions de maintien de la paix allait de soi – attitude pour le moins surprenante quand les États liés par les Conventions de Genève ont à ce titre l'obligation et la responsabilité de les respecter et de les faire respecter en tout temps (346).

Dans ce débat sur la permanence de l'obligation de respecter le droit humanitaire s'imposant aux forces des États quand elles opèrent comme Casques Bleus de l'ONU de la même manière que lorsqu'elles agissent à l'en-tête des États, il ne faut pas perdre de vue la question de la responsabilité pour violation du droit humanitaire : si l'on affirme que l'obligation de respecter le DIH est également une obligation de l'ONU, se pose alors le problème de savoir quelles sont les obligations précises qui pèsent sur l'Organisation afin d'en établir les conséquences en termes de responsabilité de l'ONU, et sans doute aussi des États, pour cause de violation du DIH (347).

Nul doute qu'une organisation internationale, les Nations Unies en particulier, est soumise au droit international général et au droit international coutumier dont fait partie le DIH, si bien qu'à ce titre, l'ONU y est assujettie et qu'en ce sens, d'ailleurs, la circulaire du Secrétaire général ne représente pas un grand apport puisqu'elle ne fait que confirmer l'état des choses ; aussi, dans la mesure où pendant longtemps, certaines opérations ont été considérées avoir le statut d'organes subsidiaires des Nations Unies – soit de l'Assemblée générale ou du Conseil de sécurité selon le cadre dans lequel elles avaient été créées –, et que des accords sur le statut des troupes étaient conclus entre l'ONU et les pays intéressés, il n'est pas possible d'exclure la responsabilité de l'organisation et de ne retenir que celle des États (348).

(345) Katia BOUSTANY.

(346) Katia BOUSTANY.

(347) Luigi CONDORELLI.

(348) Daniel DORMOY.

En effet, nonobstant les divergences entre certains juristes quant à l'analyse des forces de l'ONU comme organes subsidiaires ou comme membres *ad hoc* du Secrétariat, il s'agit bien d'organes des Nations Unies et, à cet égard, la CIJ a eu l'occasion de prononcer que les membres de forces du maintien de la paix sont, du point de vue du statut du personnel, des experts en mission; il n'y a donc pas de doute que la responsabilité des Nations Unies en cas de violation du DIH doit être affirmée (349). Mais en réalité, il est nécessaire de retenir une double imputation de l'action, à la fois aux Nations Unies et à l'État du contingent qui conserve la maîtrise de ses troupes au niveau du commandement disciplinaire, suivant le langage de l'Organisation; et ceci comporte pareillement une double imputation au niveau des mécanismes de réparation (350).

Enfin, pour apprécier la valeur juridique de la circulaire du Secrétaire général, il faut tenir compte du fait que celui-ci a qualité de commandant suprême des forces de l'ONU, sous le contrôle du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale; en cette capacité, il a donc non seulement le pouvoir mais le devoir d'édicter à l'adresse des forces qui dépendent de lui des directives concernant leur comportement dans l'action (351). Certes, il ne saurait augmenter ou diminuer le trousseau des obligations des États; néanmoins, il a bien l'autorité pour leur rappeler les obligations qu'ils doivent remplir au travers de leurs contingents armés œuvrant sous l'égide et sous le commandement de l'ONU (352). Le Secrétaire général ne fait donc pas œuvre de législateur, et en attirant l'attention sur le respect de tels principes incombant aux forces des Nations Unies, il ne crée pas des obligations mais il les explicite ou les formule (353). En réalité, il est inévitable que le Secrétaire général prenne position sur des questions à propos desquelles des différences d'opinions se manifestent; par conséquent, dans une certaine mesure, son activité se transforme en interprétation, fixation, identification des règles, pouvant aller au-delà de ce que l'on savait déjà (354). Il est de fait inéluctable lorsqu'on interprète des règles dans un domaine aussi mouvant, de procéder à des déterminations qui constitueront un déve-

(349) Luigi CONDORELLI.

(350) Luigi CONDORELLI.

(351) Luigi CONDORELLI.

(352) Luigi CONDORELLI.

(353) Luigi CONDORELLI.

(354) Luigi CONDORELLI.

loppement du droit plutôt qu'une simple connaissance d'un droit déjà existant (355). Et quand on évoque dans ce propos une assimilation du droit des conflits armés non internationaux à celui des conflits internationaux, il faut avoir à l'esprit que le Secrétaire général, ce faisant, n'invente rien : il s'inscrit dans une mouvance qui s'oriente indiscutablement dans ce sens grâce à la coutume internationale et non aux traités internationaux ; et puisque la coutume internationale fait partie du droit international, c'est donc à bon escient que le Secrétaire général rejoint cette orientation (356).

Cette idée que le Secrétaire général se borne à énoncer l'expression de règles coutumières applicables aux forces de l'ONU peut être complétée, sur un plan plus formaliste, par la référence à l'existence de la pratique de règlements adoptés par lui, ne fût-ce qu'à l'égard de son personnel et de son secrétariat, en sorte que l'on pourrait assimiler le type d'acte que représente la circulaire à du droit dérivé, même si les forces des Nations Unies ne sont pas *stricto sensu* des fonctionnaires de l'Organisation : ils sont néanmoins des agents des Nations Unies et les dispositions de la Charte devraient pouvoir s'appliquer et justifier une mesure qui est prise et qui s'inscrit justement dans le cadre du droit international de telle sorte qu'elle ne puisse être tenue pour entachée d'excès de pouvoir (357).

Du point de vue du Secrétariat lui-même, ladite circulaire est perçue comme une directive administrative d'application limitée aux forces de maintien de la paix sous contrôle des Nations Unies (358). La valeur juridique de cette directive administrative est comparable à un manuel militaire qui n'a pas pour but, en soi, de confirmer l'existence d'une coutume mais peut servir cependant à donner substance à une pratique qui va confirmer l'existence d'une coutume (359). Le Secrétaire général, pour sa part, avait une volonté très claire de repousser le plus longtemps possible l'adoption de cette circulaire et c'est seulement à l'occasion de l'anniversaire des cinquante ans des Conventions de Genève que la décision de l'adopter s'est finalement concrétisée, sachant qu'en réalité cela n'aura pas d'implication significative quant à la volonté des États

(355) Luigi CONDORELLI.

(356) Luigi CONDORELLI.

(357) Éric DAVID.

(358) Claude BRUDERLEIN.

(359) Claude BRUDERLEIN.

membres de contribuer à certaines formes de forces de maintien de la paix : de fait, l'opposition du Secrétaire général à l'adoption de la circulaire ne provenait pas du Secrétariat, mais d'États membres, en particulier des États-Unis qui voyaient dans l'émission d'une telle circulaire une extension ou une expansion du droit humanitaire applicable aux forces de maintien de la paix en général, notamment en ce qui concerne les règles des Protocoles additionnels (360). Par conséquent, si l'on assiste au niveau substantiel à l'expansion d'une certaine pratique et qui englobe celle des Nations Unies, il convient d'être prudent quant à l'existence d'une *la juris* car la réserve et le temps mis avant qu'une telle directive ait été adoptée peuvent porter à douter de l'intention la sous-tendant (361).

Pour prendre la mesure du rôle de la coutume internationale dans la croissance du droit des conflits armés non internationaux afin de le rendre similaire au droit des conflits armés internationaux, il importe de se souvenir que lors de la négociation de Genève de 1974-1977 un travail considérable avait été accompli pour élaborer un deuxième Protocole à l'image du premier et faire ressembler le régime des conflits armés non internationaux à celui des conflits armés internationaux ; mais à la dernière séquence de la Conférence diplomatique, une célèbre proposition d'amendement a été avancée visant à biffer une série de dispositions, et produisant ainsi le Protocole II sous sa forme définitive, à travers des coups de sabre et un jeu de massacre destiné à annihiler tout ce qui avait été entrepris pour assimiler les deux types de conflits (362). Force est de reconnaître que s'ils devaient être réunis dans le cadre d'une conférence internationale, les États ne seraient pas davantage prêts à réaliser cette opération d'assimilation ; aussi est-ce à coup de coutume internationale que l'on a produit cette modification du droit des conflits armés non internationaux – une coutume internationale dont la bouche ressemble étrangement à celle du Professeur Cassese, président du TPIY (363). L'on a donc assisté, effectivement, à une éclosion très rapide de coutumes internationales dans le sens de l'élévation du contenu ; et si une partie de l'article 8 du Statut de Rome résulte de ce mouvement, il a également pour but de limiter la por-

(360) Claude BRUDERLEIN.

(361) Claude BRUDERLEIN.

(362) Luigi CONDORELLI.

(363) Luigi CONDORELLI.

tée déstabilisante de cette assimilation en introduisant la fameuse distinction entre conflits courts et conflits longs soumis, semble-t-il à des régimes juridiques différents (364). En somme, lorsque les États ne sont pas disposés à établir des traités, la coutume se présente comme un mode de renouvellement du droit et un moyen de réforme des traités : il y a là une manière d'être de la coutume qui peut surprendre quelque peu l'observateur traditionnel habitué à voir dans la coutume un processus lent s'introduisant dans les interstices de ce qui n'est pas couvert par les traités internationaux (365). D'ailleurs, dans une approche analogue, la coutume répond aussi à la question de l'applicabilité du DIH aux forces de l'ONU : si, en effet, les traités ne peuvent s'appliquer formellement puisque ce sont des forces de l'ONU et non plus des forces des États, c'est la coutume qui prend alors le relais (366).

D'un autre côté, les insuffisances et lacunes du droit des conflits armés non internationaux paraissent avoir tissé la toile de fond sur laquelle se déroule l'action de l'ONU en direction du *Jus in bello* (367) sous la forme d'instances judiciaires – action dont l'aboutissement cardinal est la création de la Cour Pénale Internationale – CPI.

Afin d'appréhender la CPI en tant que moyen contribuant à la mise en œuvre du DIH, il faut tenir compte de la conjoncture présidant à sa mise en place, qui est celle d'une communauté internationale issue de la dislocation de l'équilibre précédent, et d'un monde post-moderne décentralisé, pluraliste, dans lequel les moyens traditionnels de contention forcée des conflits ne fonctionnent plus et n'ont pas été jusqu'ici remplacés par d'autres : en témoigne, l'explosion de la violence causée par cette dislocation de la communauté internationale dont la conséquence est le développement des tensions aboutissant au type de conflits que l'on observe, à savoir le conflit armé de caractère non international (368). Face à cette situation, où les conflits internationaux n'existent pratiquement plus et où des conflits internes éclatent un peu partout et singulièrement en Europe, la communauté internationale s'est trouvée confrontée à la

(364) Luigi CONDORELLI.

(365) Luigi CONDORELLI.

(366) Eric DAVID.

(367) Luigi CONDORELLI.

(368) Luigi CONDORELLI.

difficulté majeure de mettre en œuvre des mécanismes visant à empêcher ou à réduire les tensions et conflit ; mais pour des raisons différentes de celles d'autrefois, elle restera dépassée quant au déploiement de mesures de prévention et de réduction des conflits (369). C'est précisément à ce stade que l'on enregistrera cette tendance nette, déjà évoquée, à la réponse par l'humanitaire qui traduit un aveu d'impuissance par rapport à ce que l'ONU devrait faire, notamment le maintien de la paix, l'élimination et la réduction des conflits ; à défaut, l'Organisation épouse l'optique de l'humanitaire dans une sorte de déferlement de l'action humanitaire conçue comme réponse aux conflits (370).

En conséquence, à la faveur d'une implication de l'ONU dans le domaine humanitaire portant essentiellement sur des conflits armés non internationaux, les insuffisances criantes du DIH en la matière seront mises en évidence, et avec elles la carence gravissime des moyens de mise en œuvre de ce droit pauvre qui sont inexistantes dans le *Jus in bello* tel qu'il a été établi sous l'article 3 commun aux Conventions de Genève et dans le Protocole II additionnel – le seul moyen ayant été inventé en 1977, la Commission internationale d'établissement des faits – CIEF, n'étant prévu que pour le Protocole I et non pour le Protocole II relatif au droit des conflits armés non internationaux (371). Autrement dit, en devenant acteur du DIH, l'ONU est confrontée à une situation de déficit du droit matériel et des moyens de mise en œuvre de ce dispositif juridique. Aussi, la CPI et les tribunaux pénaux internationaux représenteront-ils de la part de l'ONU une réponse à la fois au problème de l'indigence du droit et à celui de l'absence de moyens de mise en œuvre, en sorte qu'un nouveau droit humanitaire matériel concernant les conflits armés non internationaux est créé sous le couvert des règles d'un droit procédural relatif à la compétence *ratione materiae* du juge qui va être établi (372). Pour exprimer l'ensemble du processus en une formule synthétique, l'on peut dire que les deux tribunaux *ad hoc* et la CPI constituent la réponse du droit de New

(369) Luigi CONDORELLI.

(370) Luigi CONDORELLI.

(371) Luigi CONDORELLI.

(372) Luigi CONDORELLI.

York aux carences du droit de Genève, notamment dans le domaine des conflits armés non internationaux (373).

Une constatation s'impose donc en dernière analyse : sur le plan du droit matériel, le Statut de Rome, préalablement à son entrée en vigueur comme instrument conventionnel et indépendamment d'elle, a d'emblée produit un important résultat puisque de nombreux observateurs ont tout de suite pensé que les termes consignés dans les dispositions matérielles des articles 6, 7 et 8 dudit Statut traduisent le droit international général en vigueur (374). Par le Statut de Rome, s'opère la cristallisation ou la consécration d'une évolution fort précipitée qui s'est effectuée en l'espace d'une décennie avec la création des tribunaux *ad hoc*, voire un peu moins puisque c'est dans les années 92-93 que débute l'élaboration tumultueuse de ce nouveau droit (375). L'on assiste ainsi à un phénomène de formation de coutume à grande vitesse – une CGV, pour pasticher le TGV –, selon un processus à la fois mouvementé et accéléré à travers lequel il apparaît aux juristes internationalistes que la coutume est non seulement un moyen d'engendrement du droit bien plus rapide que le traité international mais aussi un outil de réforme et de développement du droit issu des traités là où celui-ci demeure figé (376).

Les innovations les plus significatives apportées par le Statut de Rome concernent le domaine des conflits armés non internationaux, témoignant à la fois de l'insertion en la matière d'un droit de La Haye auparavant inexistant ou à tout le moins peu développé et d'un mécanisme de répression des crimes de guerre – en d'autres termes, l'introduction de la notion de crime de guerre dans le régime des conflits armés non internationaux –, et administrant à ce pan du droit des conflits armés des réformes profondes et capitales (377). La CPI est, en effet, dotée d'une compétence *ratione materiae* très large, couvrant entre autres les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité; elle représente, en réalité, un mécanisme de garantie du droit humanitaire et des droits de l'Homme quant aux violations graves de ces deux corpus de règles (378).

(373) Luigi CONDORELLI.

(374) Luigi CONDORELLI.

(375) Luigi CONDORELLI.

(376) Luigi CONDORELLI.

(377) Luigi CONDORELLI.

(378) Luigi CONDORELLI.

En revanche, la juridiction de la Cour est extrêmement restreinte sous les autres titres, *ratione loci*, *ratione personae* et *ratione fori*, si bien qu'elle s'avère compétente dans des situations limitées sauf dans le cas de son utilisation par le Conseil de sécurité – ce qui a fait dire qu'elle constituait, somme toute, un tribunal permanent *ad hoc* pour le Conseil puisque c'est sur sa décision que l'instance juridictionnelle de répression pénale a fonctionné dans une série de circonstances importantes; sous l'angle du for, en particulier, la CPI n'a compétence que lorsque les juridictions internes n'exercent pas la leur, soit parce qu'elles en sont incapables ou parce qu'elles déclinent de le faire, et qu'il s'agit alors selon le préambule du Statut d'empêcher l'impunité (379). La Cour n'est donc pas conçue à l'instar du Tribunal de Nuremberg comme le lieu idéal pour juger les grands criminels de guerre, mais comme une juridiction alternative dont il faut espérer qu'elle sera un mécanisme de stimulation des juridictions nationales puisque les États feront face à leur acceptation d'un système dont le fonctionnement suppose la constatation préalable qu'ils ne veulent ou ne peuvent pas faire justice (*unwilling or unable* dans l'énoncé en langue anglaise) (380). Ainsi, l'étiquette d'incapacité ou de manque de volonté de faire la justice internationale affectant un État représente le coefficient dont le résultat pourrait être une vitalisation ou une revitalisation des juridictions nationales et de l'universalité de juridiction en matière de crime international (381).

Dans la mesure où il organise pour la première fois un droit de La Haye des conflits armés non internationaux – qui n'est certes pas complet mais qui est tout de même structuré, le Statut de Rome doit s'apprécier comme un avancement indiscutable par rapport à l'article 3 commun et au Protocole II; toutefois, il est loin d'être une avancée eu égard à l'arrêt *Tadic* du 2 octobre 1995 dans lequel le TPIY a affirmé que les mêmes principes de droit établis pour les conflits armés internationaux s'appliquent dans les conflits armés non internationaux (382). Il a d'ailleurs été soutenu que le Statut de Rome a été formulé de manière telle en réaction aux virtualités de l'approche suivie dans l'arrêt *Tadic* et afin de contrecar-

(379) Luigi CONDORELLI.

(380) Luigi CONDORELLI.

(381) Luigi CONDORELLI.

(382) Luigi CONDORELLI.

rer ce processus d'amalgamation du droit des conflits armés internationaux aux non internationaux, et de ce point de vue là le Statut marque sans aucun doute un recul (383). Une autre régression est également notable en ce qui a trait au droit des conflits armés non internationaux lui-même, qui se complique de la dichotomie entre conflits courts et conflits longs figurant à l'article 8 du Statut de Rome et qui n'est pas la même que celle existant entre les conflits de l'article 3 commun et du Protocole II Additionnel; par cette double distinction, le travail des juristes est rendu plus ardu avec vraisemblablement quatre types de droit divers s'appliquant à ces situations différenciées (384).

D'un autre point de vue, cependant, les conflits armés non internationaux et la définition des conflits prolongés opposant les groupes armés entre eux ou les groupes armés et un gouvernement ne paraissent pas devenir un troisième type de conflit par rapport à ceux visés par le deuxième Protocole : il peut sembler plutôt que les États, sans le dire, ont modifié le Protocole II en facilitant ses conditions d'application, en supprimant le seuil de territorialité qui le caractérise et cette limitation qui consistait à prévoir seulement une opposition entre le gouvernement d'une part et les groupes armés d'autre part (385). Sur un plan purement doctrinal, il est possible de penser qu'en réalité l'article 8 § 2 (f) du Statut de Rome se substitue à l'article 1 § 1 du deuxième Protocole additionnel (386).

Il n'empêche qu'à tout bien considérer, compte tenu du droit écrit, l'on constate que si un développement sidérant du droit international a pu se réaliser, cela s'est effectué – nonobstant la nature conventionnelle du Statut de Rome – par des voies autres que celles du traité, essentiellement suivant la voie coutumière (387).

Une remarque s'impose à la lumière de l'ensemble des développements qui précèdent : il y a, en nombre d'instances, une puissante imbrication de l'action et du droit, celui-ci étant instrumentalisé au bénéfice de celle-là. Et cette dynamique a de fortes incidences sur le déploiement même du droit humanitaire qui apparaît parfois comme une composante de la configuration des stratégies de l'ac-

(383) Luigi CONDORELLI.

(384) Luigi CONDORELLI.

(385) Eric DAVID.

(386) Eric DAVID.

(387) Luigi CONDORELLI.

tion internationale face aux situations de tensions, de crises ou de conflits.

B. – *Enjeux et écueils*

Pour être applicable, le DIH requiert le constat préalable de l'existence d'un conflit armé dont le corollaire est la qualification de la nature du conflit – international ou non international –, ce qui soulève la question de savoir qui doit procéder à ce constat/qualification (388). Si un État peut effectivement procéder à une évaluation de la situation sur son territoire, en niant éventuellement l'existence d'un conflit armé, une telle qualification ne saurait être considérée comme authentique en ce sens qu'elle n'est pas déterminante pour lier les autres acteurs sur l'échiquier des rapports internationaux – États, organisations internationales ou autres –, et qu'elle n'empêche pas juridiquement l'application du DIH (389). Quant aux organes politiques des organisations internationales, tels le Conseil de sécurité ou l'Assemblée générale, leur qualification ne peut davantage revêtir la qualité d'authentique car les décisions de ces organes sont fondées sur des motifs essentiellement politiques, sont adoptées dans le cadre d'un débat de nature politique, et non en référence à des éléments légaux à l'instar des décisions judiciaires (390). Il reste deux instances qui pourraient fournir une qualification utile : le CICR et la CIEF. Le premier n'a pas de caractère politique et jouit de la qualité d'impartialité que l'on recherche en cette matière; toutefois, outre l'absence de bases conventionnelles à un pouvoir de qualification authentique du CICR, l'organisme humanitaire lui-même refuse de qualifier les conflits et ne souhaite pas que les gestes qu'il pose soient interprétés comme des qualification juridiques des situations; voire quand la Chambre d'appel du TPIY, dans l'arrêt *Tadic*, accorde un effet ou une valeur juridique à la présence du CICR comme équivalant à la qualification de l'existence d'un conflit armé, le CICR élève des objections le plus officiellement possible (391). La seconde, pour sa part, n'est pas en mesure d'apporter un éclairage car la probabilité de son intervention est malheureusement très limitée d'autant que certains aspects de l'ar-

(388) René PROVOST.

(389) René PROVOST.

(390) René PROVOST.

(391) René PROVOST.

ticle 90 du Protocole I restreignent la capacité de la CIEF d'entrer en jeu (392).

En conséquence, l'on se retrouve avec diverses qualifications qui peuvent s'entrecroiser ou s'accumuler; aussi convient-il d'établir un lien entre le processus de création de la norme et celui de son application. Ainsi, l'on peut observer que les résolutions de l'Assemblée générale ou du Conseil de sécurité, tout comme elles génèrent un *soft law*, elles produisent aussi une *soft* qualification qui va contribuer à une réinterprétation de la norme dans le contexte précis d'une situation factuelle (393). Ce faisant, chaque fois que l'on qualifie des faits, on raffine la norme et, en réalité, l'on crée une nouvelle version de la norme; si bien qu'à la manière de la coutume, la qualification va engendrer une nouvelle variation de la norme qui doit devenir obligatoire après un certain temps suivant un processus similaire à celui de la formation du droit coutumier afin qu'à un moment donné la qualification devienne collectivement authentique et qu'émerge de la sorte une qualification définitive et obligatoire pour tous (394).

Tant qu'il y a des corps de règles différents, le problème de savoir qui qualifie et qui a autorité pour qualifier n'aura de cesse de se présenter : le Conseil de sécurité a compétence pour se prononcer sur l'existence d'une violation de la paix, d'une rupture de la paix, d'une menace pour la paix et à cet égard sa qualification fait autorité; en revanche, sa qualification du conflit ne fait pas nécessairement autorité et dans les premières phases de l'*Affaire Tadic* devant le TPIY, à la question de savoir si elle s'imposait au Tribunal, celui-ci a estimé qu'il conservait sa libre appréciation (395). Ceci signifie que lorsque les tribunaux pénaux internationaux sont appelés à intervenir, ils doivent qualifier la situation dans le cadre de laquelle ils statuent et leur qualification est dotée d'autorité (396).

Pour autant, il ne faut pas négliger le rôle du Conseil de sécurité en matière de qualification : dans sa décision du 2 octobre 1995, le TPIY fait grand cas des qualifications du Conseil de sécurité dans les conflits de ces dernières années parce que c'est précisément l'un

(392) René PROVOST.

(393) René PROVOST.

(394) René PROVOST.

(395) Luigi CONDORELLI.

(396) Luigi CONDORELLI.

des éléments qui va conduire la Chambre d'Appel à estimer qu'aujourd'hui les conflits armés non internationaux sont régis par des règles bien plus étendues que celles qui figurent à l'article 3 commun et au deuxième Protocole (397). Si le Conseil de sécurité devait être considéré uniquement comme une organe politique – il en va de même pour les États – il ne resterait plus d'instances, à part les juges lorsqu'ils sont sollicités de temps en temps, qui pourraient encore qualifier les situations (398). Traiter les décisions du Conseil de sécurité et celles de l'Assemblée générale d'actes politiques n'enlève rien au fait que cet acte politique s'inscrit dans un système juridique qui est le système de la Charte de l'ONU; de la même manière, lorsqu'un juge prend une décision, il commet un acte politique, il gère un conflit et gérer un conflit c'est comme gérer la cité : c'est un acte fondamentalement politique mais le juge le réalise dans le cadre d'un système juridique, c'est-à-dire dans le cadre de l'application de règles de droit – généralement écrites mais qui peuvent aussi être coutumières – et par conséquent son acte demeure fondamentalement juridique (399). C'est pourquoi il convient de tenir les décisions politiques en question pour des décisions juridiques, des décisions ayant des effets juridiques ainsi que le montre la pratique (400).

Par ailleurs, en ce qui concerne le CICR, l'article 3 commun relatif aux conflits armés non internationaux lui confère un droit d'initiative et le fait de pouvoir affirmer son droit d'initiative constitue en soi une qualification, même si elle est indirecte; par conséquent l'intervention du CICR suppose une qualification même s'il ne l'explique pas, sans compter que les textes indiquent un rôle du CICR qui va différer selon les types de conflits ce qui pourrait l'amener à prononcer une qualification pour affirmer son rôle (401). En réalité, il existe de nombreux cas de qualification donnés parfois entre les lignes mais néanmoins de manière relativement claire par le CICR; d'ailleurs, juridiquement rien ne l'empêcherait d'en faire davantage puisque les statuts du Mouvement adoptés sous la forme d'une résolution d'une conférence internationale invitent le CICR à

(397) Eric DAVID.

(398) Eric DAVID.

(399) Eric DAVID.

(400) Eric DAVID.

(401) Luigi CONDORELLI.

travailler à l'application fidèle du droit humanitaire et dans cette optique une qualification de la situation pourrait faciliter sa tâche (402).

Quant aux moyens, organes ou institutions qui pourraient contribuer à une meilleure qualification des conflits, il ne faudrait pas méconnaître l'apport des organismes de droits de l'Homme : dans le cadre de la Commission européenne et de la Cour européenne des droits de l'Homme, l'on note par exemple une tendance à examiner les violations de l'article 3 commun, notamment dans le cadre de décisions prises concernant la Turquie, ce qui traduit assez directement une qualification de la situation comme conflit armé non international (403).

Le problème de la qualification est celui de la finalité de la qualification : si l'on veut qualifier le conflit parce que le Conseil de sécurité veut prendre une décision ou se déterminer aux fins du maintien de la paix, l'on sera en présence d'une qualification pour les fins du maintien de la paix ; mais s'il s'agit de qualifier les conflits en vue de la mise en œuvre du DIH, la question devient plus complexe car les conventions et les protocoles opèrent une distinction entre conflits armés internationaux et conflits armés non internationaux alors que l'on observe dans la plupart des situations de conflits ou de guerres que l'on est en présence de conflits armés dits non internationaux dans lesquels vont intervenir des facteurs internationaux ; et l'on observe, parallèlement, que durant cette décennie – soit par le TPIY soit par certaines décisions ou résolutions ou de différentes manières – il y a une tendance à élargir le champ d'action du droit humanitaire initialement prévu pour les conflits armés internationaux, parce que des règles fondamentales et des règles de protection font défaut dans le corpus juridique destiné aux conflits armés non internationaux (404). Dès lors, l'on peut se demander si l'on a besoin, au fond, de qualifier la nature d'un conflit pour les fins du déploiement de l'assistance humanitaire et même, éventuellement, pour les fins de la mise en œuvre du DIH ; à cet égard, la directive du Secrétaire général déjà évoquée est intéressante car elle affirme qu'en ce qui concerne l'action des forces placées sous commandement ou autorité de l'ONU, quel que soit le type d'action

(402) Antoine BOUVIER.

(403) Antoine BOUVIER.

(404) Katia BOUSTANY.

et sous-entendu quelle que soit la nature du conflit, elles agiront dans le respect de l'ensemble des règles du DIH si bien que dans cette perspective l'utilité d'une qualification des conflits devient douteuse s'agissant du déploiement de l'action humanitaire (405). Au bout du compte, la position du CICR qui a consisté à toujours s'abstenir de qualifier s'avère efficace et procède d'une sagesse qui lui appartient (406).

Résultante d'un geste fondamentalement altruiste – et l'altruisme est par définition désintéressé – l'action humanitaire s'enracine dans une éthique conceptuelle plus large que la neutralité : le désintérêt et l'impartialité qui fondent la réponse aux besoins les plus pressants des victimes de situations conflictuelles (407). Mais dans le cadre des Nations Unies, l'on est immédiatement confronté au fait que l'action humanitaire constitue aussi une action politique : elle s'inscrit dans un déroulement politique du conflit et dans le cadre d'efforts pour lui trouver une solution ; il n'y a donc pas de coupure au niveau de l'enceinte onusienne entre le politique et l'humanitaire tel qu'il est conçu dans l'environnement du CICR, ce qui a pour conséquence d'introduire une tension se situant d'emblée entre l'action humanitaire et l'éthique de cette action (408). L'éthique commande que l'action devrait être désintéressée, alors que le corpus de l'action pose des dilemmes politiques qui transforment l'action humanitaire en général en un théâtre du politique (409). Or le propos du CICR selon lequel il faut séparer le politique de l'humanitaire répond précisément au souci de soutenir que l'action humanitaire est désintéressée ; néanmoins, il convient de se rendre à l'évidence qu'un tel discours est difficile à tenir à l'heure actuelle car une action humanitaire peut avoir des répercussions politiques : l'humanitaire se déroule et baigne dans la politique et il faut arriver à préserver le caractère désintéressé et impartial de cette action, même dans un monde ainsi configuré (410).

S'il est concevable – c'est la réalité et l'on doit en prendre acte – que l'activité humanitaire puisse revêtir une dimension politique, ce trait de plus en plus fort du caractère potentiellement politique ou

(405) Katia BOUSTANY.

(406) Katia BOUSTANY.

(407) Claude BRUDERLEIN.

(408) Claude BRUDERLEIN.

(409) Claude BRUDERLEIN.

(410) Marion HARROF-TAVEL.

politiquement sous-jacent d'une action humanitaire dans ses formes actuelles marque un développement plus récent des années 90 (411). Auparavant, le cachet politique d'une action humanitaire n'apparaissait pas aussi évident, parce que d'après une idée de base essentielle la force du DIH consistait à créer au profit des victimes ou des personnes ou des catégories protégées cette espèce de moment fictif dans le temps – mais de moment dans l'action, où l'on déconnectait le politique du territoire conflictuel pour permettre aux organisations humanitaires d'acheminer des secours ou à l'action humanitaire de se déployer (412). L'évolution récente des dernières années, qui a porté les Nations Unies à être beaucoup plus actives et à opérer sur le terrain de l'action humanitaire au point d'en faire à certains égards un mode de gestion des conflits, a porté préjudice au déploiement même de l'action humanitaire et, lorsque l'aspect politique dans la perception de l'action humanitaire l'emporte de la part des belligérants, cela a constitué l'un des facteurs ayant contribué à ce que le personnel humanitaire – toutes organisations et tous organismes confondus – soit devenu la cible d'individus et factions qui sont parties prenantes, dans leurs réactions, à la dimension conflictuelle, à la logique conflictuelle (413).

Il existe toutefois une forme de relation entre politique et humanitaire qui peut aboutir à des résultats intéressants. A titre d'illustration, dans les conflits du Caucase, la problématique des échanges de prisonniers – ou plus exactement des libérations unilatérales effectuées en même temps de part et d'autre ce qui équivaut, en réalité, à des échanges – sera traitée parallèlement par le CICR et l'OSCE qui s'est faite très active, en particulier au Karabakh : l'OSCE négociera de tels échanges dans une perspective de *confidence building measures* dans le cadre d'un processus de paix qui commence par l'humanitaire pour montrer qu'il est possible d'obtenir quelque part des mesures positives ; alors que le CICR pour sa part mène sa propre diplomatie humanitaire qui portera sur la libération de prisonniers âgés et malades dont il demandera la relaxation pour des motifs purement humanitaires et de façon tout à fait séparée, ce qui permet également, dans l'hypothèse où la négociation de l'OSCE échoue pour des raisons politiques, de continuer à

(411) Katia BOUSTANY.

(412) Katia BOUSTANY.

(413) Katia BOUSTANY.

ramener sur le tapis le même sujet pour les motifs humanitaires qui sont ceux du CICR (414). Il est arrivé que l'OSCE réussisse à obtenir certaines libérations, et à ce moment là le CICR s'est mis à disposition, mais seulement sur un plan logistique et comme agent de mise en œuvre d'un accord passé par l'OSCE, pour ramener les personnes chez elles au travers de lignes de front (415). Cet exemple montre bien la différence d'approche qui peut être adoptée pour aborder une même problématique et l'importance de maintenir distinctes une diplomatie d'État qui s'inscrit dans un processus plus large de recherche de solution à un différend et une diplomatie humanitaire qui répond à des objectifs strictement humanitaires mais aboutira peut-être à des actes humanitaires revêtant une portée politique (416).

Une telle distinction entre diplomatie politique et diplomatie humanitaire met en évidence la difficulté pour le HCR de remplir son rôle d'acteur humanitaire important, alors qu'il navigue dans un univers de contraintes particulièrement écartelant par rapport aux missions ou au mandat du CICR ou à celles d'autres organes des Nations Unies dont les missions sont beaucoup mieux définies (417). Certes, le statut du HCR mentionne bien que son rôle est neutre et apolitique et que protéger les réfugiés ne doit pas être vu comme un acte inamical; cela signifie qu'à l'origine, en 1951, la vocation qui lui est attribuée s'inscrit effectivement dans le cadre d'une neutralité (418). Mais depuis le début de la décennie 90 sa charge sur le terrain a beaucoup changé : il ne fonctionne que par appels, lesquels représentent en réalité des financements par les États en vue d'actions définies; ainsi, le budget du HCR a presque triplé en 1991-1992 au moment où il est intervenu massivement en Bosnie à la demande des Nations Unies comme coordonnateur des activités humanitaires, tout simplement parce que les États européens ne voulaient pas que le conflit bosniaque produise une masse de réfugiés et souhaitaient une intervention rapide et efficace (419).

Ce faisant, la crise bosniaque a été pour le HCR un révélateur important, et son association avec les militaires, avec lesquels il a

(414) Marion HARROF-TAVEL.

(415) Marion HARROF-TAVEL.

(416) Marion HARROF-TAVEL.

(417) François CRÉPEAU.

(418) François CRÉPEAU.

(419) François CRÉPEAU.

travaillé main dans la main dans les zones de sécurité, a été fortement critiquée, de même que son rôle dans les déplacements de populations puisque le HCR était souvent présent dans des villages bosniaques contre lesquels les Serbes annonçaient qu'ils lançaient une attaque et demandaient au HCR de déplacer les personnes – ce qu'il faisait pour les protéger mais du même mouvement participait ainsi indirectement à l'épuration ethnique (420). Les critiques ont été vigoureusement réfutées par Madame Ogata, Haut-Commissaire pour les réfugiés, qui a affirmé préférer participer à des déplacements de populations qu'à des meurtres (421). Néanmoins, cela fait bien ressortir l'ambiguïté de l'humanitaire et du politique qui suscite ici un conflit au cœur du mandat du HCR, lequel consistait initialement à protéger les réfugiés – nécessairement de l'autre côté de la frontière internationale, dans un endroit où davantage de sécurité leur était assurée –, et qui actuellement porte sur ce qu'on appelle *in country protection*, en Bosnie et ailleurs; ceci pose le double problème des outils dont le HCR dispose pour accomplir une telle mission et de l'affectation de 90 % de son budget non plus à la protection mais à l'assistance et à l'acheminement de biens, de matériels, de tentes, en sorte qu'il se voit opposer l'omission de sa fonction de protection devenue très marginale alors qu'elle constituait sa seule attribution en 1951 (422). Une telle ambivalence planant ainsi sur les rôles du HCR génère à son endroit une perception politique même s'il assume manifestement des fonctions humanitaires (423).

De manière similaire, l'action humanitaire est susceptible de pâtir du rôle des militaires dans ce domaine, car lorsque des militaires conduisent ce type d'action, l'aspect humanitaire n'est pas nécessairement leur seule préoccupation, et leur mandat ou leur mission peut changer en cours d'exercice ce qui, évidemment, confèrera à l'humanitaire un caractère politique et militaire susceptible de nuire à l'action des autres acteurs (424). Mais d'un autre côté, il faut bien reconnaître que pour certaines opérations, avec les moyens à disposition sur le plan logistique et afin d'assurer la sécurité des camps, l'engagement des militaires est bienvenu parce que l'ampleur de ce

(420) François CRÉPEAU.

(421) François CRÉPEAU.

(422) François CRÉPEAU.

(423) François CRÉPEAU.

(424) Marion HARROF-TAVEL.

qui doit être entrepris dépassera les capacités des humanitaires (425).

Il serait probablement approprié de distinguer l'intervention des forces armées sur les théâtres de conflits et leur intervention en périphérie dans les pays avoisinants en faveur des réfugiés; cependant, cela ne va pas sans poser quelques problèmes : une telle présence militaire, en effet, peut susciter une certaine suspicion et, de ce fait, introduire des objectifs militaires dans les pays d'accueil risquant ainsi de les entraîner dans la guerre (426). Il en irait peut-être autrement s'il s'agissait de forces militaires neutres; néanmoins, au centre des conflits, l'humanitaire consensuel – et non l'humanitaire par les forces armées – représente l'humanitaire qui, dans la durée, doit être la réponse (427). Ceci n'exclut pas que dans des circonstances exceptionnelles, la communauté internationale envisage des mesures incluant la force pour aider les populations; toutefois, il faut continuer à accorder à cet humanitaire consensuel et indépendant la place qu'il doit avoir dans les conflits, d'autant qu'il ne semble pas que l'action humanitaire soit mieux acceptée dans des situations de conflits si elle est proposée par des États, même par des États neutres (428). Aussi, bien que le HCR puisse être impressionnant à l'œuvre, force est de se rendre à l'évidence que l'humanitaire dans le cadre de l'ONU a un lien avec le rétablissement de la paix ou la recherche d'une solution politique au différend et reste donc d'une nature différente de l'humanitaire du CICR (429).

La composante politique transparaît d'ailleurs clairement au travers des critères déterminant un engagement des Nations Unies sur une crise humanitaire. Le premier critère est celui de la visibilité de la crise par rapport à d'autres, et à cet égard il faut constater que les Nations Unies ont beaucoup de difficultés à gérer plusieurs crises en même temps : celle qui est la plus visible retiendra l'attention, si bien qu'il est fort conjectural de savoir quelle sera la priorité (430). Le deuxième critère est celui de la volonté politique qui permettra de dégager un *modus operandi* résultant de la conviction partagée que les Nations Unies doivent jouer un rôle dans la crise

(425) Marion HARROF-TAVEL.

(426) Marion HARROF-TAVEL.

(427) Marion HARROF-TAVEL.

(428) Marion HARROF-TAVEL.

(429) Marion HARROF-TAVEL.

(430) Claude BRUDERLEIN.

en question (431). Enfin, le dernier critère est celui de la capacité : les Nations Unies se considèrent comme une solution aux problèmes et veulent faire partie de la solution non du problème; en conséquence, si elles ont la capacité d'apporter de l'aide ou d'offrir certains services de protection, elles voudront bien assumer un rôle; mais si les moyens d'entreprendre une action ne sont pas disponibles elles éviteront de perdre leur crédibilité (432). Ce qui se dégage de ces trois critères, c'est une impression de volatilité des Nations Unies, d'une projection essentiellement politique de l'action, d'une orientation minimaliste, d'une tendance à maximiser le bénéfice de l'intervention au profit de l'institution plutôt qu'à assurer réellement soit une aide ou une protection aux populations affectées (433).

L'analyse des critères d'engagement des Nations Unies manifeste nettement qu'au fond, dans la prise de décision d'une action humanitaire, la préoccupation principale est celle de l'objectif politique et non de l'objectif humanitaire (434). Dès lors, il est permis de se demander si les Nations Unies représentent vraiment une solution et pas davantage un problème, compte tenu en particulier de cette géométrie variable qui préside à la décision d'entreprendre une action humanitaire; et dans ces conditions, la question se pose de savoir pourquoi les montants considérables recherchés au coup par coup auprès des États, ne seraient pas mis à la disposition d'organisations humanitaires qui seraient plus à même de répondre aux besoins parce qu'elles peuvent ne pas attendre la décision politique pour entreprendre l'action humanitaire (435).

Si les Nations Unies ne sont pas une organisation humanitaire et si leurs actions humanitaires sont essentiellement politiques, cela ne signifie pas que le bénéfice de ces actions ne peut pas combler également des besoins humanitaires, quand bien même le motif de l'action demeure politique – et l'expérience montre qu'aux Nations Unies un argument humanitaire n'a jamais servi de justification à une action (436). Les Nations Unies sont telles à cause des États membres; or ceux-là sont les mêmes donateurs en faveur des organi-

(431) Claude BRUDERLEIN.

(432) Claude BRUDERLEIN.

(433) Claude BRUDERLEIN.

(434) Katia BOUSTANY.

(435) Katia BOUSTANY.

(436) Claude BRUDERLEIN.

sations humanitaires et c'est leur décision en tant que donateurs qui a conduit les Nations Unies dans l'engagement humanitaire, car la politique de donation et de soutien aux organisations humanitaires fait partie de la politique étrangère des pays concernés et constitue un choix discrétionnaire dans lequel les motifs humanitaires entrent rarement en compte et au regard duquel l'intérêt des victimes reste assez aléatoire (437). Ceci étant, des institutions et des personnes au sein d'un gouvernement peuvent certainement avoir une éthique humanitaire à défendre, mais cette éthique est mise en balance avec d'autres intérêts politiques lesquels justifieront, par exemple, que l'on portera assistance au Sierra Leone en 1998 mais pas en 1999, l'on assistera le Kosovo en lui allouant 60 % du budget total opérationnel du HCR en 1999 quand le nombre de réfugiés n'y est que de 5 % par rapport au nombre total de réfugiés (438).

Plus complexe encore est la relation entre les ordres respectifs de préoccupation politique et humanitaire dans le cas des sanctions utilisées comme instrument de maintien de la paix et de la sécurité internationales en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies (439). Depuis 1990 douze régimes de sanctions ont été adoptés par l'ONU alors qu'auparavant il n'y en avait eu que trois; cependant, une contrainte grandissante s'est développée concernant l'adoption de sanctions : c'est celle de l'humanitarisme (440). C'est que dans la théorie traditionnelle des sanctions, celles-ci visent des cibles subsidiaires et la population est considérée comme une cible acceptable sur laquelle une pression peut être exercée pour créer un mécontentement qui devrait, théoriquement, forcer le gouvernement à changer son comportement (441). Le cas typique à cet égard est celui de l'Irak contre lequel des sanctions ont été mises en place en 1990 à la suite de son invasion du Koweït, visant non seulement les programmes d'armement, les infrastructures économiques et les exportations, mais aussi la population irakienne soumise à un embargo contre les échanges commerciaux ainsi que l'importation de biens et services; or les conséquences humanitaires de ces sanctions ont été catastrophiques et le sont toujours : selon un rapport

(437) Claude BRUDERLEIN.

(438) Claude BRUDERLEIN.

(439) Claude BRUDERLEIN.

(440) Claude BRUDERLEIN.

(441) Claude BRUDERLEIN.

de l'UNICEF, les dommages collatéraux de cet exercice se montent depuis 1990 à plus d'un quart de millions de morts liés aux sanctions parmi la population d'enfant de 0 à 5 ans (442).

Cette détérioration de la situation a provoqué une réelle crise quant à la légitimité de l'emploi d'une telle mesure, notamment aux termes de la critique adressée par les organisations humanitaires – qu'il s'agisse du CICR ou d'ONG – qui sont intervenues auprès du Conseil de sécurité pour demander une modification de sa politique relativement à l'Irak – ce qui a donné lieu à l'instauration du programme *oil for food* – mais également une révision de la politique du Conseil en termes de sanctions (443). Cependant, la critique des humanitaires à l'adresse du Conseil de sécurité pour la mise en œuvre de mesures de sanctions ayant un impact humanitaire n'est pas exempte d'une certaine forme de contradiction quand la question leur est posée de savoir quelle sorte d'action devrait décider le Conseil en cas de crise grave, de violations graves du droit humanitaire : en effet, si dans un tel contexte l'idée de sanctions est admise, la conception restrictive qui en est avancée a comme répercussion de handicaper les organes politiques pour des considérations humanitaires, à tel point qu'une paralysie du système en situation de crise devient inévitable (444).

A considérer les divers régimes de sanctions, l'on s'aperçoit que, hormis le cas de l'Afrique du Sud et peut-être de la Rhodésie, ils ont été très peu suivis de résultats et lorsqu'ils en produisent, ils ont des effets humanitaires extrêmement désastreux sur les plus défavorisés ; en réalité, leurs pires contrecoups ne s'exercent pas sur les décideurs mais sur les personnes vulnérables, c'est pourquoi il faut s'interroger sur l'opportunité d'y recourir (445). De fait, des études crédibles prouvent que les sanctions contre le gouvernement irakien ont, au contraire, renforcé le régime de Bagdad ; voire, l'accord *oil for food* résultant de la résolution 986 du Conseil de sécurité a consolidé le pouvoir du régime et son contrôle sur la population et ses moyens de survie ; pareillement, l'embargo sur les armes à l'encontre de la Somalie est complètement inefficace, sinon inappliqué (446).

(442) Claude BRUDERLEIN.

(443) Claude BRUDERLEIN.

(444) Claude BRUDERLEIN.

(445) Antoine BOUVIER.

(446) Claude BRUDERLEIN.

L'on peut donc se demander pourquoi les sanctions continuent d'être renouvelées ; et la réponse réside vraisemblablement dans la réticence des membres permanents du Conseil de sécurité, pour des raisons différentes, à l'utilisation de la force armée dans le règlement des crises internationales si bien qu'au titre du Chapitre VII il ne reste plus que les sanctions comme moyen de contrainte (447). Ainsi, ce qui est en jeu, ce ne sont même plus les questions irakienne, libyenne ou afghane, mais la question du rôle même du Conseil de sécurité – dont la gravité l'empêche de se positionner sur l'efficacité des sanctions, ce qui explique leur maintien à l'encontre de l'Irak (448).

Face à une inefficacité confirmée, une autre interrogation se profile : celle de savoir si, au bout du compte, les sanctions contre l'Irak et la résolution *oil for food* n'ont pas comme objectif dans l'esprit de certaine puissance, plutôt que de peser sur le gouvernement irakien, de gérer en réalité les ressources pétrolières à travers le monde en essayant de limiter la capacité de l'Irak de mettre du pétrole sur le marché (449). Surtout, au-delà des objectifs prétendus ou inavoués d'un régime de sanctions, surgit le problème d'une tension conflictuelle à l'intérieur même de l'ordre juridique international : destinée à peser sur les gouvernements mais demeurant inopérantes à cet égard, les sanctions accablent les populations ; en conséquence, les États ou les parties qui les mettent en œuvre se retrouvent dans une situation qui est en conflit avec d'autres types de normes que celles qui sous-tendent les sanctions (450). En effet, les sanctions visent à favoriser le maintien de la paix et de la sécurité internationales, à établir éventuellement un régime d'État de droit, à pénaliser un État qui viole les règles du DIH ; toutefois, les États œuvrant à ces objectifs se placent en conflit avec des normes juridiques internationales de protection des populations, au titre de l'humanitaire en général et plus particulièrement des droits de la personne tels que le droit à une qualité de vie, le droit à la sécurité de la vie et, éventuellement, un droit à une sécurité alimentaire (451).

(447) Claude BRUDERLEIN.

(448) Claude BRUDERLEIN.

(449) Katia BOUSTANY.

(450) Katia BOUSTANY.

(451) Katia BOUSTANY.

Ce conflit de normes inhérent à l'obligation du Conseil de sécurité, aux termes de la Charte, d'assumer ses fonctions en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales et d'employer à cet effet les moyens adéquats, y compris les sanctions, a fait l'objet d'esquives tendant à résorber la contradiction normative : il a été ainsi hasardé que la norme de DIH n'est pas applicable aux situations de sanctions comme celle de l'Irak du fait que l'on n'est pas dans un contexte de conflit armé (452). Cette esquivé ne tient pas très longtemps la route quand l'impact humanitaire revêt l'ampleur que l'on connaît; aussi, la logique adoptée par certains membres du Conseil de sécurité est-elle de considérer qu'en présence d'une catastrophe de la dimension de celle de l'Irak, étant donné que les sanctions à son encontre se veulent un substitut au recours à la force armée, les principes humanitaires applicables à l'usage de la force sont *a fortiori* applicables à l'usage des sanctions (453). Difficile à faire endosser sur le plan formel, ce genre d'arguments a néanmoins porté à conséquence sur le plan politique puisqu'il sert de base aux références faites au DIH et aux droits de l'Homme induisant une certaine limitation du pouvoir du Conseil de sécurité à imposer des sanctions économiques (454).

Quand, par ailleurs, la tension entre le politique et l'humanitaire génère des défaillances tragiques de la part des Nations Unies – comme cela a été le cas pour les zones de sécurité de Srebrenica et Zepa en Bosnie et Herzégovine, qui n'ont pas bénéficié de moyens adéquats pour leur protection –, la question de la responsabilité des organes politiques de l'Organisation, en l'occurrence du Conseil de sécurité et du Secrétaire général agissant sous son autorité, ne peut manquer d'être soulevée (455). De fait, la création de ces zones de sécurité a donné naissance à des attentes élevées chez la population civile qui croyait être ainsi protégée contre des attaques; mais pour assurer une protection dans ce contexte, il faudrait qu'une zone de sécurité ne puisse être utilisée comme sanctuaire par l'une des parties (456). Or en vertu de la résolution du Conseil de sécurité et du fait de la sensibilité du Gouvernement de Sarajevo, les troupes

(452) Claude BRUDERLEIN.

(453) Claude BRUDERLEIN.

(454) Claude BRUDERLEIN.

(455) Larry JOHNSON.

(456) Larry JOHNSON.

gouvernementales étaient autorisées à rester dans la zone de sécurité; et comme le Gouvernement considérait que le territoire serbe était un territoire insurgé, il l'a bombardé provoquant ainsi de la part des Serbes des attaques dirigées sur les zones de sécurité (457). Dans ces conditions, le concept de zones de sécurité recelait en lui-même ses propres germes de destruction parce qu'à l'une des parties avait été octroyé le droit de faire feu sur le territoire ennemi et l'ennemi a retourné le feu (458).

Face à cette situation, le Secrétaire général a suggéré, en mai 1994, la démilitarisation complète des zones de sécurité et a requis davantage de troupes (459). La seule réponse ferme qui ait jamais été donnée est venue du Gouvernement de Bosnie-Herzégovine qui a fait circuler une note au Conseil de sécurité dans laquelle il exprimait son extrême mécontentement à l'égard du rapport du Secrétaire général, qu'il rejetait au motif que cela mettait en cause l'autorité du Gouvernement bosniaque de faire tout son possible pour protéger sa population et récupérer le territoire occupé par les Serbes (460). Il a été dit aux Nations Unies que le Gouvernement des Etats-Unis partageait ce point de vue (461). Quant au Conseil de sécurité, réuni quelques six mois plus tard en novembre 1994, il a pris note dans un paragraphe du préambule d'une résolution de la recommandation du Secrétaire général mais sans que jamais une action soit entreprise au sujet des différentes propositions concrètes du Secrétaire général visant à sécuriser les zones de sécurité (462). Ainsi, le désastre qui attendait de survenir a effectivement eu lieu (463).

Il est inévitable de s'interroger sur ce qui aurait pu être entrepris, non sur le plan juridique mais d'un point de vue opérationnel : l'on peut se demander si le Secrétaire général n'aurait pas dû retirer les troupes et dire clairement qu'il n'est pas en mesure de rendre les zones de sécurité sûres, refusant donc d'entretenir des attentes (464). Mais comme les troupes ont été maintenues et que le

(457) Larry JOHNSON.

(458) Larry JOHNSON.

(459) Larry JOHNSON.

(460) Larry JOHNSON.

(461) Larry JOHNSON.

(462) Larry JOHNSON.

(463) Larry JOHNSON.

(464) Larry JOHNSON.

désastre a eu lieu, la question se pose, au niveau juridique, de déterminer quelles sont, s'il en est, les responsabilités du Conseil de sécurité, et peut-être du Secrétaire général, dans les événements dont ont résulté des violations claires du DIH (465). Dans le déroulement des faits, deux éléments retiennent l'attention : le Conseil de sécurité a été avisé de la manière dont les zones pouvaient être sécurisées, mais n'a rien entrepris ; le Secrétaire général a poursuivi la tentative en connaissance de cause avec des moyens inopérants (466). Dès lors, peut-on avancer en vertu du droit pénal international, l'hypothèse d'une négligence coupable (*criminal negligence*) ? (467)

Il n'est pas certain qu'il soit nécessaire de recourir à la négligence coupable en ce qui concerne le Conseil de sécurité ; il faudrait plutôt spécifier quelles personnes au Conseil assument ce genre de responsabilité pénale (468). Mais si l'on compare avec la responsabilité pénale de l'État aux termes de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, il est possible d'affirmer l'existence d'une responsabilité pénale du Conseil de sécurité qui devrait normalement être portée par chacun des États y siégeant (469). Il serait certes utile d'avoir une responsabilité pénale du Conseil de sécurité qui se retournerait contre les États, encore faudrait-il pouvoir mettre un État en prison ; tout le problème de la responsabilité des personnes morales en droit interne tient au fait qu'il est difficile de mettre un nom sur l'auteur de l'infraction : en réalité, la responsabilité se dilue en un nombre considérable d'acteurs, et dans le cas d'espèce il faudra déterminer qui, du représentant de l'État ou du ministre des Affaires étrangères ou encore du Chef de l'État, devra supporter la responsabilité de la négligence coupable (470). En outre, à ce stade de son développement, le droit international ne semble pas admettre une responsabilité pénale du Chef de l'État en tant que représentant de l'État ou de son ministre responsable pour ce type de faits ; et s'il est possible d'admettre qu'un État soit coupable de génocide, ou coupable d'une violation du droit international qui, par ailleurs, constitue également une infraction de droit pénal, il est néanmoins difficile sur le plan juridique d'affirmer que

(465) Larry JOHNSON.

(466) Larry JOHNSON.

(467) Larry JOHNSON.

(468) Eric DAVID.

(469) Katia BOUSTANY.

(470) Eric DAVID.

l'infraction pénale, avec ses conséquences pénales, s'applique à l'État (471).

Il est établi que dans la réalisation d'un génocide, il existe un groupe de personnes qui utilise l'infrastructure de l'État. De façon comparable, les États siégeant au Conseil de sécurité utilisent celui-ci en tant qu'organe de l'Organisation, avec tous les pouvoirs que lui confère la Charte, mais en exerçant ces pouvoirs d'une manière qui soulève la question de la négligence coupable ; et s'il faut convenir que le droit international ne prévoit pas de tels cas de négligence coupable, il faudrait cependant réfléchir sur le fait que le Conseil de sécurité ne saurait continuer à prendre des décisions de cet ordre, prétendre protéger les populations, entreprendre une action humanitaire, sans mettre en œuvre les moyens appropriés pour de telles actions (472).

Lorsqu'on s'interroge sur la manière de sanctionner ce qui arrive ou de s'assurer que cela ne se répètera pas, il n'apparaît pas pertinent de tenir le Secrétaire général ou l'Organisation des Nations Unies responsable civilement ou pénalement car ce n'est pas là que réside le pouvoir : il faut se tourner vers les États qui forment le Conseil de sécurité (473). À cet égard, cependant, une responsabilité pénale dans un tel contexte est impensable parce que cela se réalisera jamais, et inutile car si l'on essaie de l'établir effectivement cela s'imbriquerait fortement avec des considérations politiques au point de faire perdre de vue la question initiale (474). Il ne faut donc pas sous-estimer la portée de la responsabilité de l'État dans le cadre du régime habituel du droit international qui demeure un mécanisme bien direct pour rendre les États responsables ; et dans le domaine du DIH, l'obligation de faire respecter les Conventions de Genève devrait certainement s'appliquer à la façon dont les États votent relativement aux décisions du Conseil de sécurité, sa violation étant le moyen de les cibler quant à la mise en cause de leur responsabilité : sur le plan politique, cela pourrait avoir un puissant impact (475).

(471) Eric DAVID.

(472) Katia BOUSTANY.

(473) René PROVOST.

(474) René PROVOST.

(475) René PROVOST.

En droit international comme en droit interne, il existe diverses dimensions de la responsabilité, le terme même pouvant d'ailleurs être utilisé dans un sens juridique aussi bien que politique; ainsi en droit constitutionnel les responsabilités politiques font partie du monde de la responsabilité au sens juridique – la responsabilité du Gouvernement devant le Parlement étant une forme de responsabilité juridique puisqu'elle est prévue par la Constitution (476). Dans la perspective de la mission des Nations Unies qui assument une responsabilité politique fondamentale, l'article 1 commun aux Conventions de Genève concernant l'obligation de faire respecter le droit humanitaire peut être appréhendé à travers le prisme de la position de la CIJ dans l'affaire Nicaragua identifiant une responsabilité des Etats-Unis pour encouragement à violer le droit humanitaire : au-delà de l'encouragement à violer, il y a aussi le fait de ne rien faire pour empêcher les violations car dans la conjonction de l'article 1 commun avec l'article 89 du Protocole I additionnel se dégage clairement à la charge des États une obligation d'agir, tant conjointement que séparément, face à des violations du DIH; il est donc tout à fait possible qu'une obligation d'agir ait été indiscutablement violée par les États ayant voté d'une certaine façon au Conseil de sécurité (477). Il s'agirait ainsi d'une responsabilité conjointe de l'État au titre de sa propre détermination et de l'Organisation (478), cette co-responsabilité étant tout à fait concevable puisque les résolutions sont prises par les Etats individuellement mais aussi par l'organe institutionnel (479).

Le cas du Rwanda est un exemple extraordinairement significatif d'un manquement grave commis par le Conseil de sécurité : dès le 7 avril 1994, le monde entier savait, minute par minute, ce qui se passait dans ce pays; néanmoins, le Conseil de sécurité retirera l'essentiel des troupes de la MINUAR pour ne laisser qu'une force de 278 hommes chargée de tenter, autant que faire se peut, une mission de médiation et de bons offices auprès des belligérants pour trouver une solution au conflit (480). Pourtant, trois semaines plus tard, le 13 mai, le Conseil de sécurité se rend compte qu'il y avait

(476) Luigi CONDORELLI.

(477) Luigi CONDORELLI.

(478) Katia BOUSTANY.

(479) Eric DAVID.

(480) Eric DAVID.

une autre démarche possible : il décide de déployer au Rwanda une force de 5500 hommes ayant un mandat analogue à celui prévu dans la résolution 813 du 5 octobre 1993 instaurant la MINUAR, et la nouvelle force est habilitée à établir des zones de sécurité avec le droit d'utiliser tous les moyens à sa disposition pour assurer la protection des civils (481). L'attitude première du Conseil de sécurité constitue une violation de la Charte en ce qu'il doit maintenir la paix et la sécurité internationales, surtout quand il en a les moyens sur place ; et une violation de l'article 1 des Conventions de Genève dans la mesure où celles-ci ne sont que l'expression de la coutume, laquelle lie les organisations internationales et les organes principaux dont le Conseil de sécurité : il y a donc là tous les éléments nécessaires pour mettre en cause la responsabilité de l'organisation (482). Une différence importante entre les deux missions doit cependant être notée : celle de 1993 était entreprise au titre du Chapitre VI de la Charte et elle était donc astreinte à ne recourir à la force armée qu'en cas de légitime défense ; en revanche, en mai 1994, bien que le mandat donné ait été similaire à celui de la précédente, l'utilisation de la force armée était autorisée (483). Toutefois, outre le fait qu'il n'existe pas à toute fin pratique de résolution du Conseil de sécurité se référant au Chapitre VI mais plutôt des résolutions qui n'invoquent pas le Chapitre VII, cette distinction ne saurait prêter à conséquence : la CIJ, dans l'affaire relative à la Namibie, a bien affirmé que lorsqu'une résolution n'est pas adoptée sur la base du Chapitre VII cela ne signifie pas pour autant qu'elle ne peut contenir des dispositions de caractère obligatoire ; et dans cette perspective, il est clair que la résolution adoptée en octobre 1993 était entièrement suffisante quant au mandat confié à la MINUAR (484).

Une autre figure de tension se manifeste également dans la mise en œuvre du DIH : celle qui peut parfois mettre en opposition la justice et la paix, et dont le TPIY a eu à se préoccuper dès ses débuts, en 1995, parce que la justice était toujours présentée comme un empêchement à une quelconque forme de réconciliation (485).

(481) Eric DAVID.

(482) Eric DAVID.

(483) Stéphane BOURGON.

(484) Eric DAVID.

(485) Anne-Marie LA ROSA.

Sur un plan politique, les discours ont changé et la justice est maintenant davantage comprise comme faisant partie du processus de paix et pas nécessairement en contradiction avec lui; mais, bien entendu, si l'on veut que la justice se réalise et qu'elle constitue une composante du processus de paix, cela suppose que l'on veuille une justice effective et à ce niveau intervient le problème de l'arrestation des présumés coupables de crimes, car leur présentation devant le Tribunal ne doit pas être le résultat du hasard : elle doit être prévisible ainsi que le requiert la fonction de la justice (486).

En effet, dès lors que l'on introduit une composante judiciaire dans un processus de paix, l'on doit pouvoir supposer que les moyens nécessaires sont disponibles pour que la justice soit efficiente en termes de cessation, de répression, de réparation et/ou de dissuasion et de prévention des crimes qui sont visés ou qui relèvent de la compétence de l'instance concernée; en conséquence, si l'on a écarté une procédure par contumace, il faut prévoir des mécanismes destinés à assurer la présence de la personne mise en accusation dans le cas des tribunaux pénaux internationaux et/ou de la personne susceptible d'avoir commis des crimes dans le cas de la CPI – autrement dit il faut planifier des mécanismes destinés à l'arrestation de la personne en cause – à moins qu'elle ne se rende volontairement – et à son transfert vers le siège de l'instance judiciaire concernée, puisqu'en fait le procès ne peut commencer sans ce transfert obligatoire des personnes accusées des violations incriminantes (487). Or l'examen de la pratique des tribunaux pénaux *ad hoc* et du Statut de la CPI montre que le chaînon le plus faible est celui de l'arrestation et du transfert de ces personnes alors qu'il est fondamental avant la mise en œuvre de la justice dans un processus de réconciliation et de paix (488).

Ce maillon est le plus faible pour deux raisons : d'une part, il dépend de la volonté des États, dans le cas des tribunaux pénaux *ad hoc* comme de la CPI et s'agissant aussi bien de l'État territorial que des États dont les contingents composent des forces multinationales pouvant se retrouver sur le territoire ou en présence de l'accusé ou encore de la personne concernée au regard d'une résolution adoptée par le Conseil de sécurité; d'autre part, il est malaisé de

(486) Anne-Marie LA ROSA.

(487) Anne-Marie LA ROSA.

(488) Anne-Marie LA ROSA.

comprendre en vertu de quel régime, de quelles normes une telle arrestation devrait être effectuée par les forces multinationales déployées en Bosnie étant donné qu'en vertu des accords sur la base desquels ces forces ont été mises en place, l'obligation d'arrestation et de transfert comprise dans l'obligation de coopérer avec le TPIY incombe aux parties au conflit – la force multinationale endossant en quelque sorte un rôle de garant et ayant plutôt une obligation d'intervention en cas de défaut d'exécution par les parties concernées (489).

S'il demeure indéniable que le talon d'Achille de la justice pénale internationale est celui de l'arrestation, il importe, pour comprendre cet état de choses, de considérer les deux composantes du processus : il y a l'obligation comme telle, et tout le monde convient qu'elle s'applique aux États; et il y a aussi la pratique dont il faut distinguer les aspects militaires et les aspects politiques (490). La raison pour laquelle l'IFOR ne voulait pas arrêter les criminels de guerre et les personnes accusées par le TPIY tient essentiellement au fait que selon son mandat, elle devait mettre en œuvre l'accord de paix de Dayton, autrement dit séparer les parties et mettre fin aux hostilités entre elles; son mandat comportait également un deuxième volet qui était de contribuer à l'établissement d'un environnement propice à la mise en œuvre des aspects civils de l'accord de Dayton (491).

Pour accomplir le second pan de son mandat, l'IFOR devait pouvoir compter sur la coopération de la population civile en Bosnie-Herzégovine, car sans cela tout son travail aurait pu être annihilé ou neutralisé; or une personne identifiée par le Tribunal comme criminel de guerre peut être perçue par la population comme un héros, et ce conflit d'appréciation entre les deux a mis l'IFOR dans une situation difficile puisque si elle procédait à l'arrestation de personnes ayant la réputation d'être des héros dans leur localité, elle se privait du soutien ou à tout le moins de la coopération de la population (492). Aussi, du point de vue des militaires, les choses se résument comme suit : ils ont le mandat de séparer les belligérants et ils l'accomplissent; ils ont le mandat de mettre fin aux hostilités

(489) Anne-Marie LA ROSA.

(490) Stéphane BOURGON.

(491) Stéphane BOURGON.

(492) Stéphane BOURGON.

et ils le performant; ils ont le mandat de contribuer à l'établissement d'un climat permettant la réalisation des aspects civils de l'accord de Dayton et à cet effet ils ont besoin de la coopération de la population qu'ils perdraient s'ils exécutaient des arrestations, alors ils posent la question de savoir où doit aller leur priorité compte tenu de l'incompatibilité entre ces deux éléments du mandat de l'IFOR (493).

Quant à l'aspect politique du mandat, il se rattache à la hiérarchie des instruments qui ont permis le déploiement de l'IFOR sur le terrain : il y a en premier lieu l'accord de Dayton, dans lequel les parties demandent au Conseil de sécurité de créer une force multinationale sous le contrôle de l'OTAN; ensuite l'on a la résolution 1031 du Conseil de sécurité, puis l'opération est franchisée à l'OTAN, au sein de laquelle le Conseil de l'Atlantique Nord, qui est un organe politique réunissant un représentant politique pour chaque État membre, donne un mandat à ses forces armées, lesquelles obéissent au mandat qui leur est ainsi confié (494). Au bout du compte, il revient donc aux États membres de l'OTAN de donner le mandat à leurs troupes de procéder aux arrestations; mais ceux-ci ne le font pas car ils craignent, d'une part, des représailles contre leurs ressortissants et, d'autre part, de risquer des violations du droit au cours de l'opération d'arrestation alors qu'ils se drapent de la vertu des bons sujets qui ne commettent pas de telles violations (495).

Ces données questionnent la pertinence de sous-traiter à des organisations telles que l'OTAN la mise en œuvre de l'obligation d'arrestation puisque cela introduit dans un tel processus un autre organe décisionnel, en l'occurrence le Conseil de l'Atlantique Nord – organe qui va éventuellement soit réduire la portée du mandat initialement octroyé par le Conseil de sécurité ou le dénaturer (496). Dans la mesure où c'est une résolution du Conseil de sécurité qui confère à l'OTAN le mandat de mettre en place la force – laquelle par ailleurs relèvera donc du Conseil de l'Atlantique Nord et non du Conseil de sécurité –, se pose la question de la responsabilité du Conseil de sécurité dans la manière dont il va formuler les termes de ce mécanisme : de fait, c'est à ce niveau là que, tout en franchisant l'opéra-

(493) Stéphane BOURGON.

(494) Stéphane BOURGON.

(495) Stéphane BOURGON.

(496) Anne-Marie LA ROSA.

tion de maintien de la paix parce que les parties au conflit le lui demandent, il devrait faire obligation au Conseil de l'Atlantique Nord, à l'OTAN, à l'organisation qui va mettre en place la force sollicitée, de prendre tous les moyens nécessaires visant le respect de l'obligation d'arrestation, en sorte que sur le plan politique les États ne paraîtront pas avoir pris une initiative de leur propre mouvement mais plutôt avoir exécuté une obligation en droit international qui procède du Conseil de sécurité (497). Or, quand on examine la résolution 1031 par laquelle le Conseil de sécurité a autorisé la création d'une force multinationale sous le commandement de l'OTAN, l'on s'aperçoit que son mandat principal est la mise en œuvre de l'Annexe IA de l'accord de Dayton et qu'ainsi la coopération avec le TPIY demeure formulée en termes généraux, laissant en conséquence aux États membres de l'OTAN le soin de discuter et de décider entre eux les moyens qu'ils jugent appropriés à cet égard; force est donc d'admettre que si le Conseil de sécurité veut franchiser une opération de maintien de la paix, le mandat donné dans ces conditions devra être clair et spécifique et l'organe principal du maintien de la paix de l'ONU devra se garder, sous une certaine forme, un droit de regard sur l'accomplissement du mandat, un quelconque contrôle sur le mandat confié à l'OTAN (498). A défaut, étant donné que la coopération avec le Tribunal ne signifie pas nécessairement d'exécuter chacune de ses ordonnances, il appartient au TPIY de saisir le Conseil de sécurité pour l'informer que sa requête d'arrestation auprès de l'OTAN n'a pas été suivie d'effet de la part du Conseil de l'Atlantique Nord et pour lui demander d'explicitier sa volonté en la matière (499).

Dans ce débat, il ne faut pas omettre l'importante obligation générale de rechercher, énoncée dans la disposition commune des quatre Conventions de Genève selon laquelle elle est un préalable à la mise en œuvre la répression (500). Aussi, toutes les fois où les forces d'un État se trouvent pour une raison quelconque sur un territoire étranger, l'obligation de rechercher qui existe sur la base du droit international général et conventionnel se déclenche et produit ses effets; dans le même sens, il n'est pas sans intérêt de rappeler

(497) Katia BOUSTANY.

(498) Stéphane BOURGON.

(499) Larry JOHNSON.

(500) Luigi CONDORELLI.

la position de la CIJ dans son avis consultatif de 1971 relatif à la Namibie : tout en statuant que l'Afrique du Sud n'avait pas de titre juridique pour être présente en Namibie, la Cour a néanmoins affirmé qu'aussi longtemps que l'Afrique du Sud s'y trouverait ses agents devront respecter les règles prévues par le droit international général; transposé au plan qui nous retient ici, ce raisonnement signifie que les forces d'un État déployées à l'étranger doivent, quel que soit le titre sur la base duquel elles s'y trouvent, acquitter les obligations de leur État, de la même manière d'ailleurs que la Cour Européenne des droits de l'Homme avait tenu que les obligations pesant sur la Turquie aux termes de la Convention Européenne des droits de l'Homme devaient être respectées même si les forces turques n'avaient aucun titre pour être en Chypre du Nord (501).

Comme n'y a pas de doute sur le fait qu'il existe une obligation de collaborer avec les tribunaux pénaux internationaux qui s'impose à l'ensemble de la communauté internationale, il reste cependant à déterminer qui est le débiteur de l'obligation : cela peut être l'État quand il participe à une force multinationale; cela peut aussi être l'Organisation lorsqu'elle est dans une situation où elle a déployé sur le terrain une force de maintien de la paix, et où elle pourra alors avoir à répondre de l'obligation (502). Toutefois, le fait qu'une force de maintien de la paix devienne titulaire d'une telle obligation n'écarte pas nécessairement une obligation subsidiaire ou récursoire de l'État, notamment dans l'hypothèse où la force de maintien de la paix ne procéderait pas à l'arrestation requise parce que le contingent concerné aurait reçu des ordres dans ce sens de la part de son État d'origine qui sont en contradiction avec les obligations en vertu des textes pertinents : il y aura alors co-responsabilité de l'État et de l'Organisation (503). Cette co-responsabilité résulte de la double imputation des activités : dans le cas d'une action menée sur la base d'une autorisation, quelle qu'elle soit, donnée aux États auxquels incombe ainsi l'obligation d'agir, l'imputation de l'activité concernera l'État qui agit mais sans exclure une responsabilité de l'Organisation si elle omettait de faire respecter le DIH; dans le cas des forces de maintien de la paix, l'on est en présence d'un système de double commandement – le commandement

(501) Luigi CONDORELLI.

(502) Eric DAVID.

(503) Eric DAVID.

opérationnel et stratégique d'une part qui monte vers le Secrétaire général et l'Organisation, et, d'autre part, le commandement disciplinaire qui relève de l'État du contingent –, ce système ayant pour conséquence que chaque agent d'une force de l'ONU est en même temps organe de l'ONU tout en demeurant organe de son État (504). Double caractère organique, emportant donc de façon inhérente une double imputation de toute activité menée en violation d'une quelconque obligation/norme de droit international avec toutes les conséquences qui en découlent en termes de responsabilité (505).

Il est remarquable, à la lumière de ce qui précède, qu'en dépit de l'existence autonome d'obligations puisant leur fondement dans le droit international conventionnel ou général, l'interférence des mécanismes institutionnels de gestion des conflits à travers l'action humanitaire ou la pacification des conflits brouille la visibilité de la norme au point de dissoudre son efficience.

CONCLUSION

A l'heure où le droit humanitaire devient un enjeu de l'action de l'ONU et de ses États membres, deux interrogations essentielles surgissent compte tenu des résultats aléatoires à bien des égards : la première est celle de savoir s'il ne faudrait pas s'atteler à la redécouverte fondamentale de toutes les virtualités de la Charte des Nations Unies qui, en relation avec le *Jus ad bellum*, consistent dans la prévention des conflits et si l'on ne devrait pas constater que la Charte demeure un bon instrument susceptible de receler des espoirs pour l'avenir à condition d'être utilisée de façon appropriée ; la seconde porte à se demander s'il ne faut pas admettre que le *Jus in bello*, le DIH, continue de représenter un corpus juridique toujours valable et que le véritable problème est de déterminer comment le revitaliser pour mieux le mettre en œuvre (506). En effet, si la réponse à l'explosion des conflits est seulement la réponse humanitaire, cela est tragique car, pour nécessaire qu'elle soit, elle

(504) Luigi CONDORELLI.

(505) Luigi CONDORELLI.

(506) Luigi CONDORELLI.

ne doit pas faire perdre de vue d'autres types de réponse qu'il faudrait déployer (507).

Dans cette perspective, toute volonté de redéfinir une nouvelle stratégie de protection des populations et des victimes de conflits, de revaloriser les leviers de la Charte, implique un nouveau débat politique et une remise en question de l'efficacité du système comme des valeurs et des mécanismes, qui pèchent par un défaut dramatique de caractère démocratique dans le cas du Conseil de sécurité, alors que l'on est confronté à des situations de crise dans lesquelles les dispositifs du DIH sont devenus inopérants parce que les États membres ne sont pas en mesure de les faire appliquer et qu'il incombe de trouver des moyens d'application capables de mobiliser les États à cette fin (508).

Il a été souvent avancé que l'instauration de processus judiciaires de répression des crimes commis durant les conflits aurait un effet dissuasif et préviendrait les violations graves du droit humanitaire, les crimes de guerre, mais il faut malheureusement reconnaître que tel n'est pas le cas : pour la première fois dans l'histoire de l'humanité, un conflit – celui du Kosovo – s'est déroulé en présence d'un tribunal international préconstitué, dont le procureur ne cessait d'avertir que des enquêtes étaient conduites afin de punir les criminels de guerre, et cela n'a cependant dissuadé personne (509). Peut-être que les juridictions nationales auraient davantage l'effet dissuasif escompté, dans la mesure où les États qui s'abstiendraient de faire le nécessaire en termes de poursuite des responsables de violations du DIH et de crimes se verraient assimilés à des complices de ces agissements (510).

Quand, dans le cadre de la consultation qu'il a menée, le CICR demande aux participants quelle sorte de règles revêt une importance telle qu'il faille punir les personnes qui y contreviennent, les réponses dominantes identifient la protection des civils; toutefois, relativement aux modalités, malgré une tendance élevée notée en faveur du procès, il n'en demeure pas moins que dans certains pays, l'amnistie, l'oubli, le pardon, ont également été privilégiés dans les réponses parce que les populations ont le désir profond d'en finir

(507) Luigi CONDORELLI.

(508) Claude BRUDERLEIN.

(509) Luigi CONDORELLI.

(510) Luigi CONDORELLI.

avec le conflit (511). Il n'est pas impossible, d'ailleurs, qu'une certaine défiance à l'égard de la mise en œuvre de la répression soit due aussi à la perception, selon certains, qu'elle présente une facture sélective sous-tendue par une approche ou des motivations politiques, si bien que le droit serait plutôt un outil de gestion du conflit, un moyen d'interférence dans les rapports inter-confliktuels (512).

Sur le plan de l'action humanitaire déployée par l'ONU dans le but de secourir ou de protéger les populations, un problème de cohérence systémique pourrait avoir favorisé les défaillances relevées dans la performance de ces missions, comme l'illustre particulièrement le cas de la FORPRONU : les termes de son mandat étaient évolutifs, au gré des réunions du Conseil de sécurité; en outre, le concept de dissuasion qui a pu lui être attaché, notamment pour garantir le respect des zones de sécurité, était erroné, inapproprié, car il s'appuyait sur l'expérience et le *modus operandi* des opérations traditionnelles de maintien de la paix antérieurement conduites dans un contexte de suspension d'armes à tout le moins, sinon de terminaison du conflit, et dans le cadre desquelles la seule présence des forces de maintien de la paix sur le terrain était postulée avoir et avait effectivement une vertu dissuasive (513).

Enfin, à contempler la multiplication des conflits intra étatiques et leurs conséquences souvent déstructurantes sur le plan du tissu social et des institutions gouvernementales, l'on peut se demander si l'État n'est pas remis en cause parce que c'est le seul lieu où l'interdiction de l'emploi de la force armée prévue dans la Charte des Nations Unies ne s'applique pas puisque l'on y accepte l'usage de la force interne (514). Une partie de la réponse à la question est liée au contrôle et à la vente des armements qui devraient faire l'objet de conventions plus contraignantes, ce qui requiert une révision de la conception de la souveraineté des États (515).

Mais, n'est-ce pas aussi un âpre désir de souveraineté qui est à l'origine de nombreux conflits? Peut-être est-ce là le paradoxe qui compromet si fréquemment de nos jours le respect et le déploiement du droit et de l'action humanitaires.

(511) Lise BOUDREAU.

(512) Katia BOUSTANY.

(513) Katia BOUSTANY.

(514) Yves LE BOUTHILLIER.

(515) Yves LE BOUTHILLIER.