

REVUE INTERNATIONALE de la Croix-Rouge

Débat humanitaire: droit, politiques, action

Sélection française 2008



CICR

REVUE INTERNATIONALE de la Croix-Rouge

But et contenu

La *Revue internationale de la Croix-Rouge* est un périodique publié par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) qui entend favoriser la réflexion sur le droit international humanitaire, la politique et l'action en temps de conflit armé et d'autres situations de violence armée collective. En tant que revue spécialisée en droit humanitaire, elle cherche à promouvoir la connaissance, l'examen critique et le développement de ce droit, et elle contribue à la prévention de violations des règles protégeant les valeurs et les droits fondamentaux. La *Revue* offre une tribune pour discuter de l'action humanitaire contemporaine et analyser les causes et les caractéristiques des conflits, afin de favoriser la compréhension des problèmes humanitaires qui en découlent. Enfin, la *Revue* informe ses lecteurs sur les questions ayant trait au Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et, en particulier, sur la doctrine et les activités du CICR.

Comité international de la Croix-Rouge

Organisation impartiale, neutre et indépendante, le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) a la mission exclusivement humanitaire de protéger la vie et la dignité des victimes de la guerre et de la violence interne, et de leur porter assistance. Il dirige et coordonne les activités internationales de secours du Mouvement dans les situations de conflit. Il s'efforce également de prévenir la souffrance par la promotion et le renforcement du droit et des principes humanitaires universels. Créé en 1863, le CICR est à l'origine du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge.

Membres du Comité

Président: Jakob Kellenberger

Vice-président: Olivier Vodoz

Vice-président permanent: Christine Beerli

Jean Abt

Jean-Philippe Assal

Christiane Augsburg

Paolo Bernasconi

Anne de Bocard

Jean de Courten

Jacques Forster

Paola Ghillani

Claude Le Coultre

Jacques Moreillon

Gabrielle Nanchen

Yves Sandoz

Jenö C. A. Staehelin

Daniel Thürer

André von Moos

Rédacteur en chef

Toni Pfanner, *CICR*

Comité de rédaction

Ahmed Abou El-Wafa

Université de Caire, Égypte

Daniel Bar-Tal

Université de Tel-Aviv, Israël

Annette Becker

Université de Paris X/Nanterre, France

Antônio Cançado Trindade

Université de Brasilia, Brésil

Marika Fahlen

Ministère des Affaires étrangères,

Stockholm, Suède

Bernard Haykel

Université de Princeton, USA

Venkateswara S. Mani

Université nationale de Jaipur, Rajasthan,

Inde

Herfried Münkler

Université Humboldt, Berlin, Allemagne

Mona Rishmawi

Bureau du Haut-Commissariat des

Nations Unies aux droits de l'homme,

Genève, Suisse

Elizabeth Salmón Gárate

Université pontificale catholique du Pérou,

Lima, Pérou

Marco Sassòli

Université de Genève, Suisse

Michael N. Schmitt

George C. Marshall European Center for

Security Studies, Garmisch Partenkirchen,

Allemagne

Terence Taylor

Conseil international des Sciences de la vie

Washington DC, USA

Bakhtiyar R. Tuzmukhamedov

Académie diplomatique de Moscou,

Fédération de Russie

Wen-qi Zhu

Law School, Université Renmin de Chine,

Pékin, République populaire de Chine

Volume 90 Sélection française 2008

REVUE INTERNATIONALE de la Croix-Rouge

Débat humanitaire: droit, politiques, action

Sélection française 2008

TABLE DES MATIÈRES

005 Conflit en Irak - décembre 2007 et mars 2008 (édition spéciale)

007 Éditorial

013 Interview du Prince Hassan de Jordanie

025 Une nouvelle menace confessionnelle au Moyen-Orient ?

Joost Hiltermann

041 L'Islam comme référence des groupes politiques et sociaux en Irak

Pierre-Jean Luizard

**055 Justice en suspens :
responsabilisation et reconstruction sociale en Irak**

Eric Stover, Miranda Sissons, Phuong Pham et Patrick Vinck

**081 L'occupation en Irak depuis 2003 et les pouvoirs du Conseil de
sécurité de l'Organisation des Nations Unies**

Robert Kolb

**103 La traversée du désert – le CICR en Irak :
analyse d'une opération humanitaire**

Daniel Palmieri

**119 Neutralité, impartialité et indépendance :
la clé de l'acceptation du CICR en Irak**

Karl Mattli et Jörg Gasser

Un article paraissant dans la *Revue* n'engage que son auteur. En publiant un article dans la *Revue*, ni la rédaction ni le CICR ne prennent position au sujet des opinions exprimées par son auteur. Seuls les textes signés par le CICR peuvent lui être attribués.

137 **Sanctions – juin 2008**

139 **Éditorial**

141 **Allocution du général Jean-René Bachelet**

Général d'armée (2^{ème} Son), ancien inspecteur général des armées (France)

151 **La sanction dans un meilleur respect du droit humanitaire : son efficacité revisitée**

Anne-Marie La Rosa

179 **Groupes armés, sanctions et mise en œuvre du droit international humanitaire**

Anne-Marie La Rosa et Carolin Wuerzner

195 **Droits de l'homme – septembre 2008**

197 **Éditorial**

203 **Interview de l'ambassadeur Luis Alfonso De Alba**

Représentant permanent du Mexique auprès des Nations Unies et d'autres organisations internationales à Genève

215 **Droits de l'homme et droit humanitaire : des affinités électives ?**

Cordula Droege

269 **Les transferts de détenus : le cadre juridique, le non-refoulement et les enjeux actuels**

Cordula Droege

307 Le droit de l'occupation militaire à l'épreuve du droit des droits de l'homme

Danio Campanelli

325 L'articulation du droit de l'occupation et des droits économiques, sociaux et culturels : les exemples de l'alimentation, de la santé et de la propriété

Sylvain Vité

349 Participation directe aux hostilités – décembre 2008

351 Éditorial

355 Interview de Sergio Jaramillo Caro

Vice-ministre de la Défense, Colombie

Volume 90 Number 869 March 2008

INTERNATIONAL **REVIEW** of the Red Cross

Humanitarian debate: Law, policy, action

Conflict in Iraq II



ICRC

REVUE
INTERNATIONALE
de la Croix-Rouge

Conflit en Irak

ÉDITORIAL

Dans sa nouvelle intitulée « l'héritage esthétique de la guerre », l'auteur irakien Hassan Mutlaq écrit : « L'expérience de la guerre m'a appris aussi (...) que ce que nous écrivons et nous disons ne parvient pas à exprimer l'immensité de la douleur, le choc de se trouver exposé à cette guerre, face à face avec la mort (...). »

L'Irak actuel correspond à l'ancienne Mésopotamie, berceau des civilisations et foyer de la célèbre culture sumérienne. Il y a un peu plus d'un millénaire, les califes abbassides dominaient l'une des plus grandes civilisations du monde où florissaient les arts, les sciences et les lettres. Il y a trente ans encore, l'Irak était l'un des pays les plus riches de la région, son économie était prospère, sa population instruite et son système de soins de santé stable. Actuellement, le pays est largement dévasté. Dans les décennies à venir, l'Irak aura à payer le lourd tribut de la violence prolongée et du déclin économique. Même si le nombre de victimes occasionnées par le conflit commencé en 2003 peut être contesté, quelle que soit l'exactitude des chiffres, il ne fait aucun doute que des dizaines de milliers de personnes au moins ont été tuées et un nombre beaucoup plus élevé de personnes ont été blessées. La population a été terrorisée par les attaques perpétrées sans discrimination et par la prolifération de gangs criminels se livrant à des enlèvements, à des extorsions, à des vols et au pillage généralisé des biens publics. Par conséquent – et outre les effets directs de ces actes de terreur – les services de base (par exemple, soins de santé, éducation et services sociaux) ne sont guère fiables et bon nombre d'Irakiens vivent dans une pauvreté extrême. Il n'est donc pas surprenant qu'environ un Irakien sur cinq ait été déplacé à l'intérieur du pays ou ait fui le pays.

En Irak, le débat sur la légalité de l'invasion par les forces de coalition sous la direction des États-Unis a été vite relégué au second plan, cédant la place aux questions sur le comportement des parties belligérantes. Relativement brève, la campagne militaire a apporté la chute du régime de Saddam Hussein, mais elle a aussi soulevé des questions sur la légalité de la conduite des hostilités et en

particulier sur la question délicate du dommage collatéral, la souffrance infligée à la population civile et la destruction de l'infrastructure du pays. Ensuite, les problèmes relatifs au droit d'occupation ont surgi sur le devant de la scène et, par une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies, les forces de sécurité se sont vues conférer le pouvoir de changer les lois irakiennes, de mettre en place un nouveau gouvernement et de déclarer la fin de l'occupation.

L'insurrection brutale et les actes violents de sabotage qui s'ensuivirent ont bafoué les principes d'humanité les plus fondamentaux. Une guerre asymétrique entre forces de coalition et résistance armée s'est rapidement propagée dans les villes, culminant avec la bataille pour Fallujah en 2004. Les images insupportables des sévices qu'ont enduré les prisonniers irakiens aux mains des soldats américains à Abou Ghraib ont privé les Américains de la reconnaissance d'une certaine grandeur d'âme dont ils voulaient se prévaloir, même si l'affaire d'Abou Ghraib est peu de chose au regard des atrocités commises par d'autres parties prenantes à la guerre.

Pour la plupart des Arabes, les images d'Abou Ghraib ont confirmé ce qui, à leurs yeux, est un schéma général à la fois de déshumanisation institué par les forces américaines et d'outrage à leur égard et envers l'islam. La photographie d'une Américaine tenant en laisse un homme arabe nu, tel un chien, véhiculait le symbole du cynisme et de l'hypocrisie des envahisseurs qui étaient considérés comme dépourvus de tout respect à l'égard de ceux qu'ils prétendaient avoir libérés. Le sentiment général que les droits fondamentaux avaient été bafoués a renforcé la radicalisation de la société irakienne autrefois libérale. Cela a aussi donné aux *djihadistes* des motifs pour considérer l'occupation en tant que *casus belli*. La lutte contre l'occupation soviétique de l'Afghanistan dans les années 1980 avait été justifiée par des motifs similaires et elle avait fourni un prétexte pour libérer le territoire islamique des « intrus non croyants ». Cette radicalisation a donné à Al-Qaïda l'occasion de mettre en place des cellules en Irak, dont bon nombre de cellules locales. Les actes de violence les plus terribles, comme la décapitation des otages, ont progressivement diminué, les Irakiens ordinaires se détournant des groupes responsables de tels actes. La plupart des atrocités commises de nos jours, notamment les attentats suicide avec leurs effets épouvantables, ne sont pas revendiqués.

Par son histoire, la Mésopotamie fut un creuset ethnique et la société irakienne d'aujourd'hui reflète l'héritage des différentes ethnies, tribus, cultures, religions et confessions qui se sont entremêlées pendant des siècles. L'invasion de l'Irak n'a pas seulement entraîné l'effondrement d'un régime autocratique, elle a changé les paramètres de la société irakienne. Après les bombardements à Samara en février 2006, la violence a été principalement caractérisée par sa nature confessionnelle, en particulier dans la capitale et au-delà. Les sunnites sont partis ou ont été contraints de partir vers les zones sunnites, les chiites vers les zones chiites. Les Kurdes ont fui vers des provinces plus calmes dans le nord et d'autres groupes de minorités, tels les chrétiens, ont cherché refuge

dans diverses parties de la province de Ninewah. Au cours de ce processus, certains ont perdu la totalité de leurs biens mais en revanche se sentaient plus sûrs. Une grande partie de Bagdad et de ses environs a été fractionnée par des lignes sectaires et des groupes armés radicaux continuent de consolider leurs positions le long de ces lignes, résistant au contrôle du gouvernement et souvent luttant entre eux. En dépit de sentiments conflictuels, de nombreux Irakiens considèrent aujourd'hui que les forces armées des États-Unis constituent, du moins temporairement, un rempart entre eux et une guerre civile encore plus sanglante ou un conflit régional, à un moment où le soutien national aux États-Unis pour la guerre en Irak semble s'évaporer.

Les grandes questions auxquelles doit faire face l'actuel gouvernement irakien, démocratiquement élu, sont souvent examinées dans la perspective des aspects confessionnels, ethniques ou tribaux. Les compromis nécessaires concernant la réconciliation nationale et la révision constitutionnelle, le partage des recettes pétrolières, les affaires provinciales, l'avenir de Kirkouk, les mesures de sécurité et la gouvernance – y compris la prestation de services de base et la lutte contre la corruption – sont toujours entravés par la polarisation de la société irakienne. Néanmoins, les forces de cohésion sont également présentes. Les Kurdes, malgré leur intention de conserver leur statut spécial, sont intéressés à ce que l'Irak reste uni et tempèrent leurs appels à l'indépendance. De même, les demandes d'indépendance de la partie méridionale chiite de l'Irak ont pratiquement cessé. Bon nombre de sunnites, autrefois opposés au gouvernement, ont montré – du moins temporairement – la volonté de s'accommoder aux nouvelles réalités politiques de l'Irak.

Toutefois, la division entre sunnites et chiïtes et, plus encore, la division entre Kurdes et Arabes menacent la cohésion du pays. Les voisins de l'Irak sont accablés par l'afflux de réfugiés irakiens et craignent que la situation en Irak n'affecte leur propre stabilité. Les États à majorité sunnite voient avec circonspection l'influence iranienne s'étendre sur un Irak à domination chiite, alors que la grande autonomie des Kurdes dans le nord est une source de préoccupation pour la Turquie, la Syrie et l'Iran. Si cette situation persiste, elle risque d'attiser encore la tension internationale. Un éclatement de l'Irak – que la grande majorité des sunnites et chiïtes ne verrait pas d'un œil favorable – donnerait à la guerre une tout autre dimension et aurait des répercussions graves sur le plan international et des effets considérables sur le plan humanitaire. En effet, le conflit en Irak est toujours d'actualité et aucune fin ne semble se dessiner pour apaiser l'immense souffrance que ce conflit a engendrée dans le pays.

Le 27 octobre 2003, le bâtiment du CICR à Bagdad a été la cible d'un attentat suicide qui a tué onze personnes. Les délégués du CICR savaient tous qu'une

explosion avait soufflé le siège de l'Organisation des Nations Unies dans la capitale irakienne deux mois plus tôt, tuant le Représentant spécial de l'ONU, Sergio Vieira de Mello, et bon nombre d'autres. Il est clair que personne, à Bagdad, n'était à l'abri d'attentats horribles commis par des personnes qui ne font aucune distinction entre combattants et civils mais qui, au contraire, ont pris pour cible de leur violence des personnes innocentes. Malgré toutes les mises en garde, l'attaque contre le CICR à Bagdad a porté un coup terrible à l'institution, ce qui l'a contraint à regarder de plus près l'environnement socio-politique dans lequel elle travaille, à revoir son rôle et son aptitude à fonctionner dans un contexte si instable, ainsi qu'à réexaminer sa capacité à répondre aux besoins là où une aide humanitaire impartiale ne semble pas toujours être la bienvenue.

Dans cette situation tragique, dangereuse et complexe, les organisations internationales humanitaires – dont le CICR – font de leur mieux pour atténuer la souffrance des victimes : les blessés et leurs familles, les détenus, les otages, les personnes portées disparues et les personnes déplacées, sans parler de la population tout entière qui a été privée des services essentiels. L'insécurité et le fait de prendre directement pour cibles et de tuer des travailleurs humanitaires ont entraîné une baisse générale des activités humanitaires. De ce fait, les Irakiens se sentent, sans nul doute, plus abandonnés que jamais par la communauté internationale, exposés à une violence qui semble sans fin.

La sécurité est essentielle pour que l'assistance humanitaire puisse être dispensée. Aucune organisation ne peut envoyer son personnel pour des missions suicide, même avec les meilleures raisons. Aucune institution ne peut accepter comme acquis un tel manquement à son devoir. Il existe de toute évidence un déficit de sécurité à combler pour que les travailleurs humanitaires puissent continuer leur action. Face à cette violence armée, la contre-mesure la plus évidente est la protection armée. Cette solution peut être un choix valable pour certains, mais il est incontestable que la protection armée pose plus de questions et de problèmes qu'elle n'en résout. Le CICR ne peut accepter la protection armée de la part des parties au conflit – notamment des forces multinationales – elle serait interprétée comme partisane et susceptible d'être perçue comme une violation du principe de neutralité.

Le CICR a concentré ses efforts sur des activités en relation avec la détention, ce qui lui permet de suivre de près la situation de dizaines de milliers de personnes arrêtées pour des motifs liés à un conflit. L'institution a déployé des expatriés dans les zones les plus sûres, en particulier dans les parties kurdes du nord de l'Irak, mais elle ne peut apporter une assistance aux personnes se trouvant dans les zones les plus dangereuses que par des « opérations de surveillance à distance ». Même si – avec l'aide de ses collaborateurs irakiens – le CICR achemine des secours de première nécessité pour assurer un approvisionnement en eau, des services sanitaires de base, des soins de santé minimaux et quelque assistance dans les camps pour déplacés, l'insécurité générale dans de grandes parties de l'Irak ne lui a pas permis de mettre en œuvre des programmes plus importants pour les communautés dans le besoin.

Animées par un esprit d'altruisme et de solidarité, les communautés irakiennes et les organisations humanitaires irakiennes ont fait tout ce qui était en leur pouvoir pour répondre aux besoins des populations. Leur action a été capitale pour atténuer les souffrances. Le Croissant-Rouge de l'Irak, par ses branches locales et son vaste réseau de volontaires, reste le seul organisme capable d'agir dans tout le pays. Il n'est toutefois pas à l'abri d'attaques : en effet, en décembre 2006, 30 collaborateurs ont été enlevés au bureau de la Société nationale à Bagdad et 13 d'entre eux sont toujours portés disparus. De même, les communautés locales apportent leur soutien aux personnes déplacées par des comités informels mis en place autour des mosquées. En fait – et c'est là une caractéristique remarquable de la réponse que certains donnent aux besoins pressants d'autres personnes – l'énorme poids porté par des organisations non gouvernementales locales est devenu un aspect majeur du paradigme irakien. Pourtant, le dévouement illimité du grand nombre de volontaires irakiens qui s'engagent dans une action risquée est souvent saboté par le poison d'un environnement corrompu. De plus, alors que le gouvernement central a d'immenses difficultés à affirmer son autorité dans tout le pays, des groupes radicaux divers ont été en mesure de se positionner à la fois comme protecteurs et dispensateurs de services dans les communautés vulnérables sous leur contrôle. En plus, il est extrêmement difficile de contrôler les dépenses et de garantir l'efficacité des programmes dans les circonstances actuelles.

Dans un pays aussi divisé, avec des lignes de front changeantes et périlleuses, la neutralité de l'action humanitaire est contestée, souvent même rejetée. Il a été impossible de garantir l'acheminement de l'aide, bien qu'impartiale et répondant fortement aux besoins véritables et urgents. En partant donc de l'hypothèse qu'il vaut mieux aider quelquefois quelques personnes plutôt que de n'aider jamais personne, l'aide a été transférée là où les limites ethniques et confessionnelles imposées par l'environnement politique le permettaient. Et pourtant, une action humanitaire impartiale – menée librement – serait en mesure de mettre un terme à la division, de construire des ponts et de rétablir un peu d'humanité, ce à quoi tous les Irakiens aspirent.

Il se peut qu'un des moyens de revenir à un Irak stable, qui servirait de manière égale les besoins de tous, serait que l'action humanitaire impartiale soit acceptée unanimement par tous. Une telle action, qui n'établit aucune distinction entre les victimes, pourrait favoriser la réconciliation et servir à contrer l'idée pernicieuse selon laquelle il faut inévitablement sacrifier des vies humaines, idée qui ne peut qu'encourager une spirale de la haine et de la vengeance. Une légère accalmie s'est installée ces derniers mois avec la diminution de la violence dans certaines zones et il importe de saisir cette opportunité avant qu'il ne soit trop tard. Dans le même temps, l'action humanitaire peut et doit être complétée par des mesures politiques visant à empêcher que le pays ne glisse dans un conflit plus vaste dans lequel la région tout entière risque de sombrer.

La guerre en Irak présente des défis pour toutes les parties prenantes, notamment pour les acteurs humanitaires. Dans ce volume de la *Revue*, divers auteurs

examinent l'environnement socio-politique et humanitaire en Irak, tel qu'il se présente aujourd'hui, et évaluent l'impact du conflit sur le droit humanitaire et l'action humanitaire. Il y a lieu d'espérer que les éclairages donnés par les divers auteurs sur ces questions contribueront à mieux appréhender la complexité de ce conflit et indiqueront des moyens permettant d'alléger la souffrance du peuple irakien.

Toni Pfanner
Rédacteur en chef

Interview de Son Altesse Royale le prince Hassan de Jordanie*

Son Altesse Royale le prince El Hassan bin Talal fut le conseiller politique le plus proche, le confident et le représentant de son frère, le roi Hussein de Jordanie, jusqu'au décès de celui-ci en 1999. Fondateur de nombreux comités, instituts et organisations, jordaniens et internationaux, il participe activement à leurs travaux. Actuellement président du Arab Thought Forum, il fut président du Club de Rome ainsi que du Bureau indépendant sur les questions humanitaires. Il est membre du groupe d'experts chargé par le Secrétaire général des Nations Unies de suivre la mise en œuvre de la Déclaration et du Programme d'action adoptés en 2001 à Durban, en Afrique du Sud, lors de la Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée. Diplômé de l'université d'Oxford, docteur honoris causa en droit, en lettres, en théologie et en études orientales et africaines, le Prince El Hassan bin Talal a reçu de nombreuses distinctions, notamment la Médaille Abu Bakr Al-Siddique décernée par l'Organisation des Sociétés arabes du Croissant-Rouge et de la Croix-Rouge. Il est l'auteur de plusieurs ouvrages, les plus récemment publiés étant : en anglais, To Be A Muslim (2003) et Continuity, Innovation and Change: Selected Essays (2001) et, en arabe, In Memory of Faisal I: The Iraqi Question (2003).

.....

Quel jugement portez-vous sur les conséquences humanitaires du conflit en Irak?

Le manque de données empiriques constitue l'un des problèmes majeurs de toute évaluation. Prenons le cas de la bataille de Fallujah. Je suis membre du conseil d'administration de *Peace Direct*, l'organisation qui a rassemblé les

* L'interview a été réalisée le 2 mars 2008 par Toni Pfanner, rédacteur en chef de la *Revue internationale de la Croix-Rouge*, et Paul Castella, chef de la délégation du CICR à Amman, Jordanie. La version anglaise de l'interview a été publiée dans : *International Review of the Red Cross*, Vol. 89, N° 868, décembre 2007, pp. 785-794.

informations dont est tirée la pièce de théâtre intitulée *Fallujah*. Jouée à Londres par des acteurs de premier plan tels que, notamment, Imogen Stubbs, cette pièce relate plus de 70 violations du droit international humanitaire, commises par toutes les parties¹. Bizarrement, aucune action en justice n'a été intentée contre qui que ce soit. Les morts et les souffrances endurées à Fallujah ont été en grande partie le résultat de violations flagrantes du droit humanitaire. J'ai le sentiment que le cas de l'Irak illustre la nécessité d'un code international de principes humanitaires. L'absence de toute base de données fiable est l'un des principaux obstacles sur lesquels butte le droit humanitaire. Nous devons en revenir aux faits pour faire prévaloir l'obligation de « rendre des comptes ».

La création de bases de données empiriques est-elle réalisable en temps de guerre? Vous connaissez l'étude publiée dans la revue médicale The Lancet et vous avez suivi le projet Iraq Body Count qui vise à dresser le bilan des pertes humaines en Irak: vous ne pouvez donc ignorer que les chiffres concernant les victimes sont souvent manipulés à des fins politiques.

Si les parties engagées dans un conflit en ont la volonté, il est possible de parvenir à une forme ou à une autre de « comptabilité ». Par exemple, l'université d'Oxford, l'université John Hopkins et un certain nombre d'organisations internationales tentent de mesurer les effets de la guerre. Les chercheurs utilisent toute une panoplie d'outils afin d'obtenir des chiffres concernant les morts et les blessés, pendant et après les principales opérations militaires (menées par les forces de la Coalition) ainsi que sur les victimes de la guerre d'attrition, toujours en cours, des attentats suicide, etc. Une telle démarche est importante. Ayant un *Attorney General* dans leur pays et un juriste attaché à chaque unité déployée sur le terrain, les armées régulières sont sans doute mieux à même de calculer les pertes en vies humaines que des administrations civiles venant d'être mises en place et n'ayant, simplement, aucune expérience en la manière.

Les chiffres fournis sont cependant très différents.

Je vous l'accorde. Ces écarts sont apparus clairement lors de la publication des informations issues d'un projet lancé en 2003, alors que l'invasion paraissait imminente, et dénommé *Iraq Body Count*: le bilan annoncé – 2500 Irakiens tués lors de la phase initiale de la guerre – concorde mal avec les estimations données par les États-Unis quant aux morts dues aux forces de la Coalition, soit quelque 114 personnes tuées. Invoquer les dommages collatéraux n'est pas suffisant pour expliquer une telle disparité.

Dans un article paru en 2004 dans *The Lancet*, Roberts et Burnham *et al.* ont confirmé les soupçons selon lesquels les États-Unis auraient minoré le nombre

1 Écrite et mise en scène par Jonathan Holmes, la pièce *Fallujah* est basée sur divers travaux de recherche et entretiens conduits par l'auteur et par Scilla Elworthy, fondatrice de *Peace Direct* et nommée pour le prix Nobel de la Paix. Les témoignages présentés – dont aucun n'avait été entendu auparavant – ont été recueillis auprès de diverses sources: civils irakiens, responsables religieux, membres de l'armée américaine, politiciens, journalistes, membres du personnel médical et travailleurs humanitaires américains et, enfin, membres de l'armée britannique. Tous les mots utilisés par l'auteur sont repris textuellement des divers témoignages.

d'Irakien tués. Bien sûr, en disant cela, je ne cherche pas querelle à qui que ce soit. Comme l'a écrit Richard Horton, le rédacteur en chef de la revue : « Quels que soient les chiffres cités au sujet des pertes en vies humaines, il apparaît que les victimes civiles de la guerre en Irak se comptent par milliers – et que leur nombre ne cesse de croître ». C'est cela que je trouve extrêmement frustrant, qu'il s'agisse de la Palestine, du Darfour, de l'Afghanistan ou de l'Irak. Un dicton arabe ne dit-il pas que la mort peut avoir bien des causes, mais qu'il n'y a qu'une seule mort ?

J'ai beaucoup d'admiration pour le projet mis sur pied sous le nom de *Open Society Archives*. D'abord déposées à Munich, puis transférées à Budapest, ces archives rassemblent des informations détaillées sur la situation en Europe centrale et orientale pendant la Guerre froide et les années suivantes. Il me semble que l'on peut en tirer l'enseignement suivant : s'il est fait peu de cas des populations vivant au cœur du Moyen-Orient, contrairement à l'importance accordée aux populations du cœur de l'Europe occidentale, c'est sans doute parce que ces dernières appartiennent potentiellement à une Europe élargie.

Ainsi estimez-vous que les chiffres concernant les pertes humaines sont généralement non fiables, des raisons politiques conduisant à exagérer ou à minimiser le nombre de victimes ?

Lorsque le gouvernement irakien publie des déclarations sur le nombre de personnes tuées ou blessées, les chiffres cités ne sont pas comparés aux estimations des organismes internationaux. Évidemment, une organisation telle que le CICR mettrait en péril sa capacité d'intervention si elle livrait des chiffres au public. Quiconque prend position au sujet des pertes civiles se trouve immédiatement soupçonné de parti pris ou, dans le cas de l'Irak, d'anti-américanisme. La guerre en Irak n'est pas un conflit entre deux parties, entre une force de coalition étrangère, d'une part, et la population irakienne, d'autre part. Lorsque l'on considère en toute objectivité le nombre de civils tués, on voit qu'un fort pourcentage de pertes civiles est imputé à des acteurs non étatiques et à ceux qui – comme Blackwater et d'autres entreprises mercenaires – sont à l'origine du phénomène de « privatisation » de la guerre.

Le déplacement des personnes qui cherchent asile à l'intérieur ou à l'extérieur de l'Irak a-t-il des répercussions sur toute la région ?

Le Levant est aujourd'hui le théâtre de déplacements majeurs de populations. La région en est affectée dans son ensemble, de même que sa capacité de relèvement. Là encore, il faudrait disposer de données empiriques permettant d'analyser tous les aspects physiques, économiques et humains de la situation pour pouvoir déterminer le nombre de personnes touchées. Cela concerne les Palestiniens, les Irakiens, les Palestiniens vivant en Irak, et cela s'applique à toutes les différentes parties engagées dans les divers conflits en cours.

Permettez-moi de citer le HCR : « En septembre 2007, on estimait à plus de quatre millions le nombre d'Irakiens déplacés dans le monde, dont quelque 2,2 millions en Irak et un nombre similaire dans les pays voisins (en particulier

en Syrie et en Jordanie). Par ailleurs, quelque 200 000 personnes se trouvent dans des pays plus lointains.» Si nous voulons nous pencher sur la situation des déplacés, il nous faudra d'abord reconnaître que ces quatre millions de personnes relèvent de nombreuses catégories différentes.

L'un des problèmes importants réside dans le grand nombre de veuves. Nous estimons qu'en Irak, du fait de toutes les guerres que le pays a connues, quelque trois millions de femmes ont perdu leur conjoint. Les attitudes culturelles sont telles dans la région que beaucoup de ces femmes sont désormais considérées comme des « citoyens de deuxième classe ». Les veuves ne peuvent pas partir à l'étranger pour tenter d'y gagner leur vie. En effet, au regard de la loi, elles n'ont pas le droit d'assumer la charge d'une famille, en particulier si elles se rendent dans un autre pays.

Ce qui apparaît en vérité aujourd'hui, c'est que la capitale culturelle de l'Irak a été précipitée dans la faillite. Les plus compétents de ses habitants ont quitté le pays. Si certains ne sont pas partis, c'est tout simplement parce qu'ils ne possèdent pas de compétences « exportables ».

Sur le plan de la sécurité, la situation reste très précaire dans de nombreuses régions de l'Irak. De plus, malgré sa très grande variété culturelle et ethnique, Bagdad est aujourd'hui une cité largement divisée. Une logique sectaire serait-elle à l'œuvre dans la capitale ?

Non, il ne s'agit pas de logique sectaire. Je souhaite attirer votre attention sur un article de Jerry Z. Muller paru dans la livraison de mars-avril 2008 de la revue *Foreign Affairs* sous le titre : « Us and Them : The Enduring Power of Ethnic Nationalism » (Nous et eux : l'irréductible pouvoir du nationalisme ethnique). L'auteur écrit : « En général, l'Amérique a minimisé le rôle du nationalisme et de la politique d'inspiration ethnique. (...) En deux ou trois générations, l'identité ethnique des immigrés se trouve atténuée sous l'effet de l'assimilation culturelle et des mariages intercommunautaires. Comment imaginer qu'il pût en être autrement dans d'autres parties du monde ? ». Cela apparaît comme une proposition un peu simplificatrice. Je souhaite affirmer très clairement que, dans notre partie du monde, le sectarisme n'a cessé d'être exacerbé par les influences – fort diverses, incohérentes, sans liens entre elles et toujours combatives – exercées par des forces extérieures. En sus des conflits ethniques et du sectarisme, c'est une guerre par procuration qui est livrée en Irak ainsi que, potentiellement, au Liban, voire dans d'autres points de la région.

Pourtant, les divisions sectaires existent bel et bien à Bagdad...

Il se peut que des personnes soient ostensiblement Sunnites ou Chiites. Néanmoins, quand vous parlez des Sunnites et des Chiites à La Mecque ou à Nadjaf (c'est-à-dire dans des villes où de tels sujets ont lieu d'être débattus), vous réalisez qu'il n'existe aucun antagonisme inévitable entre Sunnites et Chiites. Un processus d'atomisation des groupes est en cours actuellement et il inclut une désagrégation des ethnicités : les Kurdes contre les Arabes, les Chiites iraniens contre les Chiites arabes.

Le terrorisme vient combler le vide qui se crée ainsi. Et, en tant que tactique, le terrorisme est de caractère non discriminant. Il prospère grâce aux destructions et à la perpétuation de l'état de peur. Je pense que cette industrie haïe est en train de remporter la victoire. Elle est à l'œuvre sur le terrain, exigeant des vies. Qu'est-ce que tout cela a donc à faire avec la religion ? Je dois avouer que, pour ma part, je l'ignore. Le conflit actuel oppose le local à l'étranger et se déroule entre des groupes qui combattent pour, ou contre, l'un et l'autre.

Quel a été l'effet du grand nombre de victimes civiles ?

De manière générale, les personnes qui veulent obtenir le changement deviennent de plus en plus nihilistes ou apathiques. Soit elles ne font rien, soit elles sont toujours davantage favorables à l'exclusion. Cela signifie qu'un nombre croissant de personnes se radicalisent : certaines se préparent réellement à sacrifier leur vie, d'autres participent au développement d'une économie alternative. Prenez, par exemple, le cas de la culture de l'opium en Irak – il s'agit assurément de l'économie alternative – l'économie du désespoir, l'économie de la cupidité.

Rendre la justice constitue également un enjeu important en Irak. Le Tribunal spécial pour l'Irak a inculpé les anciens dirigeants du régime Baath ; il existe en outre l'exigence de faire bénéficier chaque détenu d'un procès équitable.

Au prétexte de libérer les Irakiens d'un système autocratique (le régime Baath, en l'occurrence), les derniers de ses dirigeants ont finalement été condamnés. La question qui se pose aujourd'hui est la suivante : les ordres du jour sécuritaire et juridique continueront-ils à ne concerner que les anciens dirigeants du parti Baath, ou va-t-on commencer – au vu des incidents survenus à Abou Ghraïb et dans d'autres prisons irakiennes – à introduire certaines normes de comportement « civilisé » ?

À l'époque d'Henry Dunant, la manière d'atténuer la brutalité de la guerre constituait le grand thème des débats. Aujourd'hui, nous disons que les conditions d'incarcération dans les prisons devraient devenir plus humaines. Le débat en cours aux États-Unis est désormais centré sur l'humanité – ou l'inhumanité – des centres de détention, voire même sur la question technique des formes de torture qui seront autorisées par les États-Unis. La complicité du Royaume-Uni dans le processus de « restitution » est bien documentée ; cependant, il existe dans ce pays, au moins, des personnes qui, à l'instar d'Helena Kennedy, protestent contre cette nouvelle culture de violation des droits civils cautionnée par l'État. Dans son brillant ouvrage intitulé *Just War*, Helena Kennedy répète que la torture est toujours immorale, et que si le Royaume-Uni a recours à la torture, il perdra à la fois son autorité morale et toute efficacité.

Fondamentalement, je me demande ce que nous pouvons faire pour que les droits humains soient protégés. Tout le monde parle des droits fondamentaux de tout individu. Or, dans cette guerre incessante, extraordinaire,

non définie que l'on nomme « guerre contre le terrorisme », ces droits comptent peu. De fait, les actes commis dans les prisons au nom de cette guerre contre le terrorisme pour intimider (nous n'utiliserons pas le mot « terroriser ») des individus ne sont pas autorisés par les codes de conduite morale que nous partageons tous. N'y a-t-il aucun espoir de parvenir à instaurer un ordre humanitaire commun ?

Quel rôle de tels droits fondamentaux – en tant que faisant partie du droit international, notamment du droit international humanitaire et du droit des droits de l'homme – jouent-ils dans votre vision d'un ordre humanitaire international ?

Nous devrions engager un débat sur l'idée de violation du droit de la guerre, à laquelle devrait graduellement succéder l'idée de violation du droit de la paix. Ainsi, peut-être, au lieu de faire des déclarations sur une guerre contre le terrorisme, nous devrions réfléchir à la manière de créer un modèle de citoyenneté et de développer un droit de la paix. Une telle démarche serait de nature à canaliser les esprits sur l'examen de certains aspects spécifiques de la situation dans le monde qui n'ont toujours pas été discutés.

Quelles conséquences pourrait avoir ce que vous nommez le « droit de la paix » ?

Je reprends, une fois encore, l'exemple du projet des *Open Society Archives*. Quand les journalistes sont incorporés au sein de l'armée dès le déclenchement de la guerre, et quand seuls quelques reporters prennent le risque de se hasarder à l'extérieur de la zone verte, leur but, fondamentalement, est de trouver des histoires qu'ils pourront vendre. Par contre, lorsque l'on parle de droit de la paix, on parle d'incorporer au sein de l'armée des chercheurs, des experts en droits humains, des spécialistes du droit et d'autres encore qui n'auront aucune obligation envers quoi que ce soit, hormis la vérité. Cela serait sans doute un bon moyen d'obtenir des informations exactes.

Vous avez qualifié plusieurs fois le Moyen-Orient de « trou noir ». Pourquoi ?

Cela est lié à la sécurité la plus élémentaire. Pourquoi dis-je que le Moyen-Orient est un trou noir ? Existe-t-il une volonté et une infrastructure institutionnelle permettant de résoudre les problèmes de la région de l'Asie occidentale comme Carl Bildt l'a fait pour les Balkans, en mettant sur pied une mission de l'OSCE pour cette région ? Est-ce à nous, les pays de la région, qu'il incombe de s'ouvrir, d'élargir les paramètres ? Ou est-ce à la communauté internationale, et en particulier au Conseil de sécurité et au Quartet (Etats-Unis, Russie, Union Européenne et Nations Unies), qu'il incombe de reconnaître que cette région est aujourd'hui un trou noir, dans la mesure où elle n'est pas systématiquement représentée quand le débat porte sur des questions de sécurité ? Interrogez-vous sur le fait suivant : des destroyers américains sont positionnés au large des côtes libanaises sans aucune explication et sans autre but que de démontrer leur maîtrise des mers. À quoi cela conduira-t-il ? Ne devrions-nous pas rendre possible la création, par voie de traité, d'une organisation régionale ?

Une conférence pour la sécurité et la coopération dans la région ne nous permettrait-elle pas d'enjoindre les pays de la région d'assumer leurs responsabilités en matière de sécurité collective ?

Je souhaiterais évoquer une initiative du Canada, relative à la sécurité humaine, qui remplace le concept classique de sûreté basée sur la force militaire par une nouvelle approche mettant l'accent sur la sûreté des personnes. Cette initiative souligne que le premier devoir de l'État est de protéger l'individu et de faire en sorte que les droits humains puissent être exercés dans des conditions de paix et de tranquillité.

Cela pourrait-il constituer une manière de sortir du conflit en Irak ?

Oui, ce serait en effet l'un des moyens de résoudre la crise, au même titre que la relance de l'économie. La création d'une culture des droits juridiques constituerait une troisième voie. Peut-être pourrions-nous alors sortir de ce trou noir et – si la communauté internationale et tous ceux qui possèdent une expertise en matière de gestion des conflits nous y aident – apporter une contribution majeure au développement de ce nouvel instrument d'espoir que constitue le droit de la paix.

Un risque de fragmentation ou de partition menace-t-il l'Irak ?

Au cours de ces dernières années, une grande partie du débat a porté sur la démarche que j'ai décrite dans les termes suivants : « Jouons le jeu du fédéralisme, adoptons une administration de type fédéral ». Un Irak divisé constituerait la fin de notre propre système westphalien, la fin de la communauté des États du Moyen-Orient, de même que le début d'un processus de balkanisation qui conduirait à une guerre plus longue et risquant de s'étendre encore.

Prenons, par exemple, le cas de l'Europe de l'Est : une idéologie ethno-nationaliste en appelle à l'unicité de l'État et à la « nation » ethniquement définie. Les conséquences de cette idéologie ont toujours été explosives. L'historien anglais Lord Acton a écrit en 1862 qu'en plaçant, en théorie, au même niveau l'État et la nation, le nationalisme réduit pratiquement à une condition subalterne toutes les autres nationalités qui peuvent se trouver à l'intérieur des frontières... Par conséquent, selon le degré d'humanité et de civilisation existant dans le corps dominant qui revendique tous les droits de la communauté, les races inférieures sont soit exterminées, soit réduites en esclavage, soit déclarées hors la loi, soit placées dans un état de dépendance. De son côté, l'écrivain anglais Aldous Huxley a défini le nationalisme comme étant une compréhension erronée commune de l'histoire et une haine commune de ses voisins. Gardons-nous d'oublier les Balkans : cette partie de l'Europe a donné son nom à un phénomène qui figure désormais dans le dictionnaire politique et qui touche aujourd'hui notre région.

Dans son ouvrage intitulé *Le grand échiquier. L'Amérique et le reste du monde*, Zbigniew Brzezinski a évoqué le démembrement de la Fédération de Russie en trois entités – Sibérie, Baltique et Caucase – ainsi que l'éventualité

d'une désagrégation de la Chine. J'estime pour ma part qu'une coopération progressive – s'étendant de la région de l'APEC à l'Asie du Sud, à l'Asie occidentale, à la communauté euro-atlantique – est préférable à une démarche consistant à inviter le Kosovo aujourd'hui, le Haut-Karabagh demain et d'autres encore après-demain à devenir des États indépendants. Combien de cas problématiques vont-ils s'annoncer dans les années qui viennent ? Près de 200 nations appartiennent déjà au système des Nations Unies.

Et l'Irak dans tout cela ?

Les idées d'Ernest Gellner sur le nationalisme ne seront viables que si nous nous intéressons aux faits. Les États-Unis ont forcé Al Qaïda à quitter l'Afghanistan. Or, le chaos qui règne en Irak fournit un contexte plus riche, plus politique et plus spectaculaire : ce sont les Irakiens qui paient le prix de ce mouvement stratégique désastreux. Je ne sais pas comment nous osons parler de stabilité en Irak alors qu'est livrée sur le territoire de ce pays une guerre par procuration, prétendument fondée sur une logique de sécurité humaine. L'idée est-elle que si l'Irak reste une zone de troubles, peut-être les États-Unis et l'Europe resteront-ils des zones de paix ?

Ceux qui se livrent à des exercices de politique byzantine, en gérant la situation à partir de Washington ou du quartier-général de l'OTAN, s'inspirent de la pensée d'Ernest Gellner, telle que l'a expliquée Jerry Z. Muller dans son article paru dans la revue *Foreign Affairs* : la rivalité militaire entre les États engendre une demande de ressources accrues des États et, ainsi, une croissance économique continue. Quant à elle, la croissance économique dépend d'un niveau élevé d'alphabétisation de la population ainsi que de la facilité de communication, ce qui encourage l'adoption de politiques visant à promouvoir l'éducation et l'usage d'une langue commune, phénomène qui a conduit directement à des conflits liés à la langue et aux opportunités offertes aux communautés.

La ferveur religieuse attise la violence. La religion peut-elle aussi influencer positivement la situation ?

Islam, Christianisme et Judaïsme sont des religions universelles. Quand j'évoque la mise en place d'une Conférence sur la sécurité et la coopération dans la région, ou l'élaboration d'une Charte du citoyen, les idées que je professe se fondent sur les principes cardinaux de ces trois religions ; les laïcs pourront se référer au principe de la dignité humaine et à la Déclaration universelle des droits de l'homme.

Juifs, chrétiens et musulmans sont tous terrorisés par le phénomène de privatisation de la guerre. Aussi, le temps est-il venu pour nous de commencer à donner un peu d'espoir aux populations. Il n'y a pas, à mon avis, de guerre entre l'islam et l'Occident. Il est tout simplement faux de parler d'une « croisade » de l'Occident ou d'un combat entre un Jihad démocratique et un Jihad islamique. L'idéalisme du président Bush, de même que sa ferveur universaliste, font écho à ceux de Bin Laden ; leur conflit ne doit pas être compris comme étant un conflit

entre la chrétienté et l'islam. En fait, je crois qu'il s'agit là d'une aberration qui ne sert qu'à exacerber le conflit entre l'Occident et Al Qaïda.

Quel rôle joue l'Islam dans la situation irakienne ?

Ce que nous devons faire, c'est reconnaître que les musulmans progressistes, les musulmans libéraux, les musulmans laïcs, et d'autres encore, sont tous intéressés à promouvoir le bien commun. Cela étant, comment peut-on y parvenir sans développer une approche systémique de la santé, de l'éducation, de l'aide sociale, de l'autonomisation des pauvres et de l'instauration d'un dialogue au sein de la population ? Cela fait partie du programme de pacification.

Cela a bien marché au Viet Nam. Certes, le Viet Nam n'est pas un pays musulman, mais il avait lui aussi été dévasté par les guerres. Aujourd'hui pays progressiste, socialiste, le Viet Nam est un membre toujours plus prospère d'une communauté asiatique des nations parmi lesquelles figure la Thaïlande, pays de traditions et monarchie.

Quand la religion sera-t-elle placée au-dessus de la politique, de sorte qu'il soit possible, d'une part, de créer les institutions, telles que les écoles et les hôpitaux, dont le financement peut être assuré grâce aux vastes ressources des organisations religieuses et, d'autre part, de mettre sur pied un Corps de la paix ? Comment les revenus tirés du pétrole seront-ils distribués ? Dans une lettre ouverte adressée il y a deux ans à la presse irakienne, je demandais si le temps n'était pas venu, pour ceux qui ont perdu leurs mosquées et leurs églises – comme cela s'est produit lors de la chute de la Pierre noire de la Kaaba² – de redécouvrir un engagement partagé, afin de restaurer non seulement les lieux de culte, mais aussi le rôle de la religion dans la politique, permettant de créer, par exemple, un fonds de la Zakat³.

Comment un tel fonds fonctionnerait-il ?

Cela fait déjà plus d'un quart de siècle que je plaide en faveur de la création d'un fonds international de la Zakat. Un tel fonds pourrait également conduire à la mise sur pied d'un Corps de la paix, international et non confessionnel. Nombre de personnes contactées ont indiqué ne pas disposer au niveau institutionnel des capacités professionnelles requises pour permettre à un tel projet de voir le jour. Elles sont venues me voir et m'ont demandé si je disposais d'une organisation qui pourrait superviser le fonctionnement d'un tel fonds.

J'ai répondu que je ne pouvais leur offrir que mon nom, que je n'étais pas un professionnel de la gestion de fonds ou de fondations. J'ai parlé à Mike Moore, l'ancien Premier ministre néo-zélandais et ancien Directeur général de l'Organisation mondiale du commerce, et je lui ai demandé s'il y avait une

2 L'antique édifice dans lequel se trouve la Pierre noire et vers lequel les musulmans se tournent pour prier. Il est situé au centre de la Grande Mosquée Masjid al-Haram, à La Mecque.

3 La Zakat (distribution d'aumônes) constitue l'un des Cinq Piliers de l'Islam. Tout musulman ayant accumulé plus qu'un certain montant prescrit de biens doit s'acquitter de cette obligation, le but étant d'améliorer le sort des personnes démunies.

chance qu'il accepte de prendre la tête de ce fonds. Il pensait qu'il s'agissait d'une institution de caractère islamique, mais je lui ai expliqué que l'islam dont je parle est universel. Par exemple, le gouvernement britannique accepte des prêts consentis par des banques islamiques, sur la base de règles islamiques. Pourquoi donc ne pourrions-nous pas faire appel aux esprits les plus fins pour œuvrer en vue de la création de ce que souhaitait Paul Volcker, l'ancien président de la Réserve fédérale des Etats-Unis : une Banque de développement pour le Moyen-Orient ? Il s'agirait là d'une banque de développement asymétrique – de fait, elle serait asymétrique dès le tout début, dans la mesure où son action ne serait axée que sur les besoins des plus démunis. Hélas, les événements du 11 septembre 2001 ont mis fin à ce projet ; ils ont eu raison de l'altruisme et de la générosité.

C'est à une entreprise tout à fait différente que nous conférons aujourd'hui une légitimité : une religion privatisée assume désormais les dépenses engagées dans un but de destruction. Des sommes colossales sont versées à des acteurs privés dans cette guerre : la société KBR/Halliburton Co. a reçu quelque 19,3 milliards de dollars américains dans le cadre de contrats de gré à gré exécutés en Irak ! Et maintenant, regardez bien les chiffres suivants : un billion de dollars américains aurait permis de financer huit millions d'unités d'habitation, ou de rétribuer 15 millions d'enseignants des écoles publiques, ou encore d'assurer pendant un an des soins de santé à 530 millions de personnes ou des bourses universitaires à 43 millions d'étudiants.

Les responsables politiques devraient être prêts à envisager une réponse résolue et cohérente à la situation en Irak. Aujourd'hui, un baril de pétrole vaut 102 dollars américains : certains pays du Golfe encaissent chaque jour un milliard de dollars américains, parfois même davantage. Cet argent pourrait être mis à disposition pour donner à la population les moyens de développer la pacification, un tel programme de stabilisation étant de nature à atténuer immédiatement le nihilisme qui sert uniquement à faire le lit des conflits.

Cela pourrait-il, à terme, conduire à la réconciliation en Irak ?

Le grand public ne peut pas se réveiller un beau matin et décider que l'Irak sera pleinement indépendant, par exemple, dès le dernier jour du mois suivant. La réconciliation reste encore irréalisable parce que, clairement, les forces centrifuges sont plus puissantes que la tendance à la centralisation. Il n'en demeure pas moins absolument essentiel de briser le cycle de la violence.

Je ne vois qu'une façon de passer d'une situation de conflit à la responsabilité partagée : donner à la population les moyens d'exercer cette responsabilité partagée. J'ai le sentiment que l'approche en vigueur aujourd'hui n'est pas la bonne. Le gouvernement central se borne en effet à allouer les nouvelles ressources monétaires à la nouvelle bourgeoisie, à ceux qui se sont mis au service des forces internationales, à ceux qui s'enrichissent grâce à la situation actuelle et cherchent à blanchir leur argent.

Nous devons construire en partant de la base. Ce qui se passe aujourd'hui ressemble à une conversation entre la nouvelle classe moyenne et les politiciens.

Ce qu'il nous faudrait, c'est un engagement de la part de la population dans son ensemble : elle doit être déterminée à exprimer ses besoins réels en termes de réinstallation, de reconstruction et de réintégration (qu'il s'agisse de bâtir ou d'agrandir une maison, ou de déménager pour s'installer ailleurs). Or, de tels pourparlers de réconciliation exigent une écoute de bonne qualité.

Qui devrait participer à ce processus ?

Je ne vois personne ayant une bonne qualité d'écoute au sein des organisations internationales. Sans vouloir offenser quiconque, je dirai que chaque organisation opère dans les limites de son propre cadre de référence. Des personnalités internationales – en particulier des personnes ayant connu des crises similaires – devraient apporter leur contribution à cette entreprise ; pour ce faire, elles devraient être invitées à suivre l'évolution du processus de reconstruction, et encourager celui-ci par le biais d'une écoute attentive. Dans le passé, j'ai évoqué plusieurs noms – Suleyman Demirel, de Turquie, Mohammed Khatami, d'Iran, Ahmed Ibrahim, d'Algérie, Ibrahim Bin Ali Alwazir, du Yémen (qui, après tout, est un pays à la fois sunnite et chiite) – outre votre humble serviteur et d'autres personnalités du même ordre.

Comment devrions-nous impliquer les Irakiens ?

Le plus grand problème, s'agissant des groupes vulnérables, réside dans leur incapacité à s'exprimer en leur propre nom : c'est cela qui constitue leur vulnérabilité réelle. Nous parlons des groupes vulnérables avec condescendance, comme s'ils étaient de simples pions sur un échiquier, réclamant notre bonté, notre générosité et nos largesses. Nous ne parlons pas d'eux en tant que citoyens potentiels d'un nouvel Irak. N'y a-t-il pas une contradiction fondamentale entre notre discours sur un nouvel Irak indépendant et plus démocratique et, d'autre part, notre incapacité à communiquer avec les personnes les plus humbles ?

Le *Arab Thought Forum* élabore actuellement un questionnaire que nous destinons aux associations médicales arabes et aux associations professionnelles arabes (médecins, juristes, enseignants, etc.) d'Asie occidentale et d'Afrique du Nord. Les questions portent, par exemple, sur le poids moyen des bébés à la naissance, sur la santé des enfants à l'âge de cinq ans, et sur les raisons qui pourraient expliquer le nombre de décès si précoces. Le but est de commencer à humaniser la relation entre les classes moyennes et les classes qui se situent plus bas encore, au lieu de continuer à ignorer la population au nom du peuple et au nom de la paix.

Nous espérons qu'en décembre 2008, lors de la commémoration du 60^e anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme, il sera possible à cette région de l'Asie occidentale (nous pensons notamment à l'Irak et à l'Afghanistan) d'avoir un réel impact en déclarant : voilà quelles sont les conséquences de la guerre, et voilà quelles sont nos recommandations, en toute impartialité.

Personne ne sait aujourd'hui quel tour vont prendre les événements en Irak. Une boîte de Pandore a été ouverte et tous les maux de l'humanité ont pu s'en échapper. Il ne reste rien d'autre que l'espoir caché dans la boîte refermée.

Absolument. La mythologie grecque nous enseigne que l'espoir existe au fond du tonneau de Diogène...

Une nouvelle menace confessionnelle au Moyen-Orient ?

Joost Hiltermann*

Joost Hiltermann est directeur adjoint du programme Moyen-Orient et Afrique du Nord à l'International Crisis Group

Résumé

Une résurgence chiite en Irak a provoqué une réaction brutale parmi les sunnites dans toute la région, faisant craindre une fracture confessionnelle qui fausse et aggrave les conflits locaux. Après avoir examiné les origines, les manifestations et les implications du schisme, l'auteur conclut que la bataille qui se livre dans la région oppose, pour l'essentiel, non pas les sunnites et les chiites mais les États-Unis et l'Iran. Un rapprochement entre ces deux pays contribuerait grandement à réduire les tensions sectaires, mais l'action la plus efficace à long terme contre le sectarisme lui-même viendra probablement de contraintes systémiques, en l'occurrence des loyautés diverses qui, par un effet de contrepoids, empêchent toute primauté d'une allégeance unique, telle que l'appartenance religieuse.

.....

Une fracture confessionnelle croissante ?

On a beaucoup insisté sur les divisions nouvelles et dangereuses qui opposent sunnites et chiites au Moyen-Orient, résurgence politique virulente de ce très ancien schisme de l'islam menaçant de miner un système étatique qui s'atrophie, fondé sur des identités nationales fragiles et dangereusement affaibli par l'illégitimité de régimes autocratiques qui perdurent. La montée du chiisme en Irak après l'invasion semble avoir enhardi les populations chiites de toute la

* Original anglais, publié sous le titre « A new sectarian threat in the Middle East? », dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 89, N° 868, décembre 2007, pp. 795-808.

région, dans un « renouveau » nourri de siècles de discrimination et de répression de leur culture et de leurs rites religieux. Ce phénomène a provoqué une réaction brutale parmi les sunnites et suscite des craintes d'instabilité dans les territoires arabes (par exemple, les majorités chiites au pouvoir en Irak et cherchant à y accéder à Bahreïn), ainsi que d'un véritable séparatisme dans le cas de la population chiite de la Province de l'Est saoudienne, riche en pétrole.

S'il est indéniable que les discours se sont multipliés au sujet de cette fracture et que des actes de violence sectaire épouvantables ont été commis en Irak, l'évolution récente de la situation ne semble pas indiquer que l'on soit en présence d'une divergence irréconciliable. La montée de l'islam chiite en tant qu'identité prédominante en Irak et dans d'autres pays où les chiites constituent une majorité de la population est peut-être réelle, mais elle est modérée constamment et profondément par des sources rivales d'identité et de loyauté. La nation, l'ethnie, la tribu, le clan et la famille demeurent tous des marqueurs identitaires au moins aussi puissants que l'appartenance religieuse. Dans les situations caractérisées par le chaos et l'incertitude (comme c'est le cas aujourd'hui en Irak), où l'État a perdu la position dominante qu'il occupait jusque-là dans tous les aspects de la société, l'identité des gens s'est fragmentée tout autant que les sources de pouvoir et de violence elles-mêmes, et la religion n'est plus qu'une entité parmi plusieurs qui se disputent les allégeances au sein de la population.

En fait, le conflit le plus lourd de conséquences au Moyen-Orient est celui qui oppose, d'un côté, un pouvoir « chiite » prétendant être autre chose – l'Iran – et, de l'autre, les États-Unis et leur groupe d'amis disparate (à la fois Israël et des États arabes « sunnites » tels que l'Arabie saoudite, l'Égypte et la Jordanie). Une rivalité intense entre les États-Unis et l'Iran, tous deux visant la prédominance, remodèle les alliances et définit, ou redéfinit, des conflits tant anciens que nouveaux. Preuve en est l'embardée qui a frisé la guerre civile au Liban, l'« auto-coup d'État » du Hamas à Gaza et la violente bataille pour le pouvoir en Irak.

Décrire comme un problème de sectarisme cette lutte entre une superpuissance mondiale et une superpuissance régionale sert à la fois les intérêts d'acteurs politiques espérant distancer des concurrents plus scrupuleux, et ceux de régimes autocratiques cherchant à gagner des concours de popularité au lieu d'élections libres, et à garder par là-même les rênes du pouvoir. Ainsi, les stratégies politiques alimentent le discours sectaire actuel qui, si l'on n'y met pas un terme, pourrait devenir une prophétie qui s'autoréalise, créant des divisions politiques là où seules des différences sociales, culturelles et religieuses existaient jusque-là.

Les atrocités engendrées par le sectarisme (par exemple, les meurtres ciblés de chiites et de yézides en Irak) et les discours incendiaires (prononcés par le défunt chef d'Al-Qaïda en Irak, Abou Moussab al-Zarkaoui, par une multitude de religieux salafis, et même par des dirigeants régionaux) devraient par conséquent être condamnés publiquement pour le fanatisme et le danger qu'ils représentent. Surtout, un apaisement des tensions entre les États-Unis et l'Iran supprimerait une des raisons d'être de la rhétorique sectaire et contribuerait ainsi à freiner une tendance dangereuse. Cependant, s'il est urgent que les relations

entre les États-Unis et l'Iran s'améliorent, la solution la plus efficace à long terme face à une fracture confessionnelle grandissante au Moyen-Orient est probablement un environnement qui permette un effet de contreponds entre des loyautés diverses et empêche ainsi toute primauté d'une allégeance unique, telle que l'appartenance religieuse.

Antécédents

On a assisté ces trois dernières années à une augmentation alarmante de la violence confessionnelle en Irak, conjuguée à une montée en puissance du discours sectaire. On peut entendre des sunnites appeler les chiites des « *rawafidh* » (ou « ceux qui rejettent » l'affirmation selon laquelle la lignée du prophète remonterait à Omar, et qui disent au contraire descendre d'Ali), et des chiites qualifier les sunnites d'« *Umawiyin* » (Omeyyades ou descendants de la dynastie qui gouverna le monde musulman après le meurtre d'Ali), ou encore de « wahhabites » ou de « *takfiri* »¹. Des groupes rebelles sunnites, tels qu'Al-Qaïda en Irak, tuent des chiites (et d'autres qu'ils considèrent comme des apostats)², tandis que des milices chiites tuent des sunnites. Les uns et les autres prennent souvent le nom figurant sur la carte d'identité de la victime comme preuve de l'appartenance religieuse de cette personne³. Phénomène tout aussi inquiétant, la montée du sectarisme en Irak a trouvé un écho dans toute la région, mettant au jour une faille qui jusqu'alors était restée en grande partie submergée⁴.

Quelles sont les sources de ce nouveau sectarisme ? Si c'est en Arabie saoudite que « le message (de l'islam) fut lancé » au VII^e siècle, l'Irak fut le

- 1 Les wahhabites sont des disciples de Mohammed Ibn Abd-al-Wahhab, prédicateur saoudien du milieu du XVIII^e siècle. Les *takfiri* (ci-après « takfris ») sont des musulmans qui considèrent les musulmans ayant d'autres convictions comme des apostats. Certains salafis djihadistes, par exemple, ont déclaré que les chiites étaient des infidèles.
- 2 Pour preuve, les attaques à la voiture piégée visant deux villages yézides en août 2007, qui ont fait des centaines de morts. Les yézides sont en majorité des Kurdes qui suivent les préceptes d'une religion préislamique que leurs détracteurs, tels qu'Al-Qaïda en Irak, qualifient de culte du diable.
- 3 Ces observations sont fondées sur une étude conduite séparément en Irak par la Brookings Institution et l'International Crisis Group. Voir Ashraf al-Khalidi et Victor Tanner, *Sectarian Violence: Radical Groups Drive Internal Displacement in Iraq*, Brookings Institution, Washington, DC, octobre 2006, disponible en anglais à l'adresse http://brookings.edu/fp/projects/idp/20061018_DisplacementinIraq_Khalidi-Tanner.pdf (date d'accès : 22 septembre 2007) ; et International Crisis Group, *The Next Iraqi War? Sectarianism and Civil Conflict*, Bruxelles, février 2006, disponible en anglais et en arabe à l'adresse <http://www.crisisgroup.org> (date d'accès : 22 septembre 2007). De nombreux sunnites et chiites en Irak sont laïques, mais cette caractéristique s'est effacée dans le nouveau climat polarisé, tout comme le centrisme laïque s'est évaporé. De la même façon, les fréquents mariages mixtes entre sunnites et chiites, notamment parmi les élites laïques, ne sont plus d'actualité car les conflits fondés sur la différence confessionnelle se propagent à travers les communautés, les quartiers et même les familles. Ces événements causent des problèmes aux gens dont le nom est maintenant censé représenter l'une ou l'autre branche de l'islam. Pour ne citer qu'un exemple, on part du principe que les « Ali » (en Irak) sont chiites et les « Omar », sunnites – et ce, bien que de nombreux Ali soient sunnites et de nombreux Omar chiites.
- 4 Certains points de vue exposés dans cet article sont inspirés d'un article d'Adnan Abou Odeh, ancien conseiller principal des rois Hussein et Abdallah II de Jordanie : « Don't make too much of Iran », *Globe and Mail*, 24 juillet 2006.

théâtre d'événements qui déchirèrent la nouvelle religion peu après sa naissance et déclenchèrent par la suite des conflits entre les deux branches majeures qui se formèrent. Les descendants de la fille du prophète Mohammed, Fatima, et de son mari Ali affirment que celui-ci et leurs fils furent à tort privés de la succession du prophète en faveur d'une dynastie rivale, les Omeyyades, fondée par Muawiya, qui prit la place d'Ali, quatrième calife. Ali, puis son fils Hussein, furent tués sur le territoire qui est aujourd'hui l'Irak. Depuis lors, les leitmotifs de l'islam chiite ont été l'exclusion, l'injustice et le martyr, qui ont toujours eu une résonance très forte dans l'histoire de l'Irak.

Malgré ces débuts extrêmement difficiles, les sunnites et les chiites ont le plus souvent vécu ensemble en paix, coexistence paisible due en partie au fait que la plupart des chiites ont accepté la domination sunnite dans l'attente du retour du 12^e imam – l'imam « caché » –, le *mahdi* (en substance, le messie chiite). De leur côté, les dirigeants sunnites ont toléré les chiites. Si des troubles éclataient, c'était souvent parce que des acteurs politiques utilisaient la ferveur religieuse pour gagner un soutien à leur cause⁵. Les sentiments jouaient un rôle important, et perduraient. Ainsi, la rivalité entre les empires safavide et ottoman s'exprima souvent en termes sectaires.

Pour comprendre l'exemple le plus récent de ce type de troubles, il convient d'examiner la révolution islamique en Iran à la fin des années 1970 et la résurgence chiite à laquelle elle contribua. La fin du régime haï du chah renforça la position des communautés chiites dans toute la région, bien que l'objectif déclaré du nouveau régime d'exporter la révolution islamique ait échoué, l'Irak ayant refroidi la ferveur islamiste de l'Iran en huit années d'un massacre incessant. Contrairement aux craintes fréquemment exprimées, les communautés chiites des États fragiles du Golfe – quoique encouragées à réclamer une représentation équitable au sein de leurs pays respectifs – n'ont jamais adhéré à l'idée khomeyniste d'un islam chiite politisé qui défendait le *wilayet al-faqih*, l'autorité du juriste théologien.

Cependant, le pouvoir acquis par les religieux dans un pays aussi riche et important que l'Iran servit de modèle et d'inspiration aux islamistes du monde entier, qu'ils soient chiites ou sunnites. Il insuffla un nouveau dynamisme, par exemple, aux Frères musulmans (sunnites). En même temps, la résurgence chiite provoqua une réaction brutale chez les sunnites, engendrant des formes radicales d'islam sunnite (souvent des groupes qui avaient rompu avec les Frères musulmans) – notamment un renforcement du salafisme, qui se considéra comme l'adversaire direct de l'islam chiite. Ses adhérents trouvèrent

5 Voir International Crisis Group, *Comprendre l'islamisme*, Bruxelles, mars 2005, pp. 19-24, disponible à l'adresse <http://www.crisisgroup.org> (date d'accès: 22 septembre 2007). À certaines époques, les chiites ont résisté à des régimes oppresseurs. Un religieux chiite saoudien affirmait: « On ne peut pas séparer l'islam chiite de la politique. C'est dans la nature des chiites de lutter contre l'oppression et c'est dans la nature des gouvernements d'opprimer, donc, naturellement, il y a affrontement. » [*traduction CICR* – cité dans l'article de Faiza Saleh Ambah, « In Legacy of a Revered Martyr, Saudi Shiites Find Sustenance », *Washington Post*, 31 janvier 2007). Cela semble être l'exception; dans la plupart des cas, les chiites ont accepté le pouvoir sunnite, qu'il soit oppressif ou non.

un terrain d'essai dans l'Afghanistan occupé par les Soviétiques et en ressortirent enhardis, avec un programme de djihad violent visant les régimes répressifs de leurs pays. À cette époque, l'Arabie saoudite investissait énormément dans le renouveau sunnite, fondant des centres d'étude, diffusant des textes et construisant des mosquées dans tout le monde musulman⁶. Le retour violent des « Arabes afghans » qu'elle avait encouragés à lutter contre les Soviétiques fut une conséquence involontaire de cet effort, une forme dangereuse et embarrassante de « retour de flamme ».

Au début, il n'y avait pas de conflit direct entre les deux branches de l'islam radical, et ce pour plusieurs raisons : l'Iran avait une population sunnite peu importante⁷, sa révolution islamique était efficacement contenue par l'Irak et les États arabes et, aux yeux des Arabes, le sectarisme que représentait la révolution était relégué au second plan par le conflit ethnique/national qui sous-tendait la guerre entre l'Iran persan et l'Irak arabe⁸. Le principal ennemi, en d'autres termes, n'était pas les hordes chiites mais bel et bien les hordes persanes menaçant les terres arabes de l'Irak, dans un conflit de frontières entre voisins, même si les attaques des jeunes soldats iraniens qui déferlaient par « vagues humaines » étaient motivées par un zèle islamique chiite et une vénération pour Khomeyni en tant que chef suprême chiite. Pour sa part, la population irakienne à majorité chiite se battait volontiers, et même courageusement, contre l'Iran chiite, exprimant sa loyauté avant tout envers l'arabisme, et dans une moindre mesure envers un régime brutal mais laïque, dont la forme caractéristique de violence n'était pas la répression discriminatoire mais le meurtre de tous les opposants politiques sur un pied d'égalité. (Parmi ces opposants figuraient les partis islamistes chiites, tels que le Dawa, qui s'inspirait de la révolution iranienne et dont les dirigeants furent supprimés par le régime et les membres décimés.)

Tout au long de la guerre Iran-Irak, cependant, on pouvait entendre l'écho de la « sectarisation » du vieux conflit entre Safavides et Ottomans, les dirigeants des deux pays utilisant des références religieuses pour se désigner

6 Les Saoudiens ont encouragé activement leur religion d'État, le wahhabisme, pour des raisons politiques, afin de contrer la révolution islamique en Iran. Que cette branche saoudienne particulière de l'islam ait été un puissant facteur de mobilisation ne devrait pas surprendre, étant donné ses origines politiques plutôt que religieuses. Voir par exemple l'article de Faiza Saleh Ambah, « Saudi writer recasts Kingdom's history », *Washington Post*, 4 février 2007, citant les écrits de l'universitaire saoudien Khaled al-Dakhil. Mohammed ibn Abd al-Wahhab avait pour but, plutôt que de protéger la région « du déclin de la foi, du polythéisme et de l'idolâtrie généralisée (...), de créer un État fort pour compenser le système tribal qui se désintégrait », trouvant en Mohammed ibn Saoud, fondateur de la dynastie saoudienne, un « allié » [traduction CICR]. L'essor de cette nouvelle idéologie s'accompagnait d'ostracisme (*taḳfir* ou « excommunication ») envers tous ceux qui prenaient leurs distances ou refusaient de rejoindre le nouvel État saoudien.

7 L'Iran compte plusieurs groupes musulmans sunnites, dont des Arabes, des Baloutches et, surtout, des Kurdes. Le conflit de ces derniers avec l'État central, cependant, est mû essentiellement par des enjeux nationaux et non religieux.

8 Inutile de préciser que nous devons être très prudents en ce qui concerne ces catégories. Il ne faut pas négliger le caractère multiethnique de l'Iran et de l'Irak, qui comptent tous deux des communautés turques et kurdes importantes, outre d'autres minorités plus petites. Le guide suprême de l'Iran, Ali Khamenei, par exemple, n'est pas « persan » mais azéri.

eux-mêmes et caractériser leurs ennemis et leurs batailles, immanquablement en termes sectaires. Les Kurdes fayli furent un des groupes victimes de cette pratique : ils furent déportés en Iran par le régime de Saddam Hussein, qui prétendait que c'étaient en fait des Persans. Ce n'est pas une coïncidence, cependant, si les Kurdes fayli étaient également chiites⁹.

La question de savoir si le régime Baas irakien était par nature sectaire ou simplement enclin à mettre en œuvre des politiques sectaires est matière à discussion¹⁰. Le fait est que sa nature oppressive fit naître une opposition qui, à part chez les Kurdes, avait une coloration religieuse particulière. La montée du parti islamique Dawa, par exemple, fut facilitée par la nature à la fois oppressive et laïque du régime¹¹. La révolution islamique iranienne transforma ensuite le Dawa en une grave menace interne pour le régime irakien, ce qui explique la dure répression dont il fit l'objet à la fin des années 1970 et dans les années 1980¹².

La répression engendra la résistance, mais seulement lorsque l'occasion se présenta. Et l'occasion se présenta au début de l'année 1991, quand les forces irakiennes, ayant imprudemment envahi le Koweït, furent boutées hors du pays par une coalition internationale et connurent la débâcle. Sentant la faille, une rébellion populaire prit forme dans le but de déloger le régime du sud du pays – et, si possible, de Bagdad également. Cette révolte revêtit un caractère chiite très marqué lorsque des éléments des brigades Badr, la branche armée du Conseil suprême de la révolution islamique en Irak (CSRII), traversèrent la frontière depuis l'Iran et essayèrent de prendre la direction des opérations. Le CSRII et l'organisation Badr étaient des créations iraniennes, et quand ils se lancèrent dans la bataille, le régime irakien put qualifier les rebelles d'islamistes chiites résolus à instaurer une théocratie à la Khomeyni en Irak. La vague de répression qui suivit visait les rebelles et ceux qui, dans la population, les avaient aidés (un concept très flou), mais la dominante chiite de la révolte donna aux représailles du régime une coloration anti-chiite, quelles que fussent les cibles. Des dizaines de milliers de personnes furent tuées. Pour les partis islamistes chiites au pouvoir en Irak depuis les élections de 2005, et pour beaucoup

9 Les Kurdes fayli n'ont pas été les seuls chiites irakiens à être déportés en Iran, aussi bien pendant qu'avant la guerre Iran-Irak. Cette pratique visait tout chiite irakien inscrit dans le registre d'état civil comme étant « d'origine persane » (*taba'iya Faresiya*), et non « d'origine ottomane » (*taba'iya Othmaniya*). La distinction ainsi établie avait son origine dans la période ottomane, où les sujets qui essayaient d'échapper au long service militaire invoquaient un ancêtre persan pour faire valoir qu'ils n'étaient pas ottomans. L'État irakien moderne hérita de ce système au début des années 1920. Les régimes républicains postérieurs à 1958 l'utilisèrent pour établir des politiques de déportation servant leurs visées politiques. Voir l'analyse d'Ali Babakhan, « The Deportation of Shi'is During the Iran-Iraq War: Causes and Consequences », dans Faleh Abdul-Jabar (dir. de publication), *Ayatollahs, Sufis and Ideologies: State, Religion and Social Movements in Iraq*, Saqi Books, Londres, 2002, pp. 183-210.

10 Pour une brève analyse de la question, voir International Crisis Group, *The Next Iraqi War?* (voir ci-dessus note 3), pp. 6-8.

11 Le parti Dawa a été fondé à la fin des années 1950, avant l'arrivée au pouvoir du parti Baas, en opposition à la popularité de partis laïques tels que le Baas et, surtout, le Parti communiste irakien.

12 Voir Abdul-Halim al-Ruhaimi, « The Da'wa Islamic Party: Origins, Actors and Ideology », dans Abdul-Jabar, (voir ci-dessus note 9), pp. 149-161.

d'autres chiites également, les massacres de 1991 furent perpétrés contre des chiites par un régime sunnite (quelle que fût sa véritable structure)¹³.

Sa crédibilité interne minée et son appareil répressif dangereusement affaibli, Saddam Hussein survécut à la « décennie des sanctions » des années 1990 en se créant de nouveaux soutiens. Il lança une « campagne de retour à la foi » (*al-Hamlah al-Imaniyyah*) pour s'établir une réputation d'homme pieux. Dans la foulée, il encouragea l'islamisation d'une société irakienne majoritairement laïque, démarche qui lui valut un généreux soutien financier de l'Arabie saoudite (laquelle était aussi effrayée par la rébellion chiite que l'était le régime de Saddam lui-même). Même certains religieux chiites de Najaf se virent accorder un peu plus de liberté afin de réduire l'influence de Qom, le principal centre théologique chiite d'Iran¹⁴. Pour la même raison (consolider son soutien interne), Saddam Hussein revitalisa le système tribal moribond en versant de grosses sommes d'argent à des personnalités tribales, quel que fût leur rang, qui lui juraient fidélité et devenaient ainsi chefs de leur tribu. Il nomma également des personnes issues du milieu tribal sunnite, notamment de sa région d'origine, à des postes clés de l'appareil de sécurité.

En 2003, les racines de l'affrontement sectaire apparaissaient déjà clairement en Irak, mais il fallut attendre le retour des partis islamistes qui avaient été contraints de s'exiler (en particulier le Dawa et le CSRII) et l'arrivée de nouveaux partis (tels qu'Al-Qaïda en Irak) pour faire éclater un conflit latent et le transformer en un cycle de violence sanglante. Dans ce processus, les administrateurs américains – qui ne connaissaient pas l'histoire de l'Irak, ses mouvements, ses institutions et ses personnalités – furent complices à leur insu.

L'invasion de l'Irak, un catalyseur

Le renversement du régime fut l'élément déclencheur. L'échec des États-Unis à rétablir l'ordre public durant la phase critique des premières semaines qui suivirent le renversement du régime, comme par la suite d'ailleurs, permit à l'Irak d'être le théâtre d'une véritable foire d'empoigne politique et criminelle dans laquelle les acteurs non étatiques disposant d'importants moyens d'action violente prirent le dessus. Il s'agissait de groupes d'insurgés (qui, initialement, comprenaient des membres des deux communautés, sunnites et chiites, dont beaucoup étaient laïques), de milices liées aux partis islamistes chiites et kurdes, et de gangs.

Les milices avaient une longueur d'avance, mais la présence clairsemée des forces américaines à travers le pays permit l'entrée de djihadis étrangers,

13 Les victimes étaient des sunnites et des chiites; de même, les auteurs des crimes comptaient aussi dans leurs rangs des chiites. L'un des principaux hommes de main du régime, responsable du bain de sang perpétré dans le sud du pays en 1991-1992, était Mohammed Hamza al-Zoubaida, un chiite, qui est mort dans un lieu de détention américain en 2005 avant de pouvoir être jugé pour ses crimes.

14 D'où la montée en puissance de Mohammed Mohammed Sadeq al-Sadr, père de Moqtada al-Sadr, qui fut tué avec deux de ses autres fils en 1999, après plusieurs années de relative liberté.

dont l'objectif premier était d'asséner un coup aux Américains en ruinant leurs efforts pour instaurer une démocratie dans un pays ravagé par une mauvaise administration et par les sanctions. Politiquement, des groupes de retour d'exil prirent l'avantage dans un État détruit où les habitants, en majorité laïques, étaient hébétés, désorientés, inexpérimentés et, dans la plupart des cas, n'étaient pas préparés à s'organiser¹⁵. Il s'agissait des deux partis kurdes (le Parti démocratique du Kurdistan – PDK – et l'Union patriotique du Kurdistan – UPK), du CSRII et du Dawa. Mais le Dawa s'était scindé en exil, et le régime avait tué la plupart de ses membres restés en Irak¹⁶. De plus, en l'absence de réelle vie politique, il ne fait aucun doute que, les premiers mois, les mosquées commencèrent à jouer un rôle démesuré, mobilisant des communautés tout entières et fournissant des services¹⁷. Si action politique il y avait, elle était de nature ethno-confessionnelle en ce sens que les identités religieuses, sunnite et chiite, étaient mises en avant (à l'époque, toutefois, elles n'étaient pas encore antagonistes – sunnite *contre* chiite).

L'Autorité provisoire de la coalition, l'administration américaine en place durant la première année d'occupation, renforça cette tendance en utilisant pour identifier les communautés des catégories trop générales – arabes/kurdes, sunnites/chiïtes –, dont le moins qu'on puisse dire est qu'elles correspondaient mal à la réalité irakienne, et en organisant la vie politique selon une conception ethno-confessionnelle. Le Conseil de gouvernement transitoire établi en juillet 2003 en fut le premier exemple institutionnel. Fondé sur le système libanais de la *mouhasasa*, répartition proportionnelle des sièges d'après la taille présumée de la communauté concernée, il était composé de sunnites, de chiïtes et de Kurdes, avec un Turkmène et un chrétien en plus, pour représenter la mosaïque irakienne¹⁸. Les gouvernements qui ont suivi (le gouvernement Allaoui en juin 2004, le gouvernement Jafari en mai 2005 et le gouvernement Maliki en juin 2006) n'ont pas pu échapper à cette logique ethno-confessionnelle une fois qu'elle avait été lancée, aggravée par la prédominance de partis dont certains se fondaient sur l'appartenance ethnique (UPK et PDK), et les autres avaient des visées sectaires (les partis islamistes chiïtes et, plus tard, les partis islamistes sunnites également¹⁹). L'évaporation

15 L'exception notable était, et demeure jusqu'à présent, le mouvement Sadr, le seul groupe en dehors de la région kurde qui s'appuie sur une véritable base populaire et qui ait constitué une réelle menace pour la domination du CSRII et du Dawa.

16 Le PDK et l'UPK ne rentraient pas d'exil au sens strict. Ils dirigeaient la région kurde depuis fin 1991, mais durant cette période, ils n'avaient pas eu accès au reste de l'Irak et participaient activement à l'activité politique en exil.

17 Les églises ont joué le même rôle dans les toutes petites communautés chrétiennes.

18 Le Conseil de gouvernement transitoire eut deux gros problèmes : il devint un modèle institutionnel de sectarisme dans la vie politique et la construction de l'État, et ses politiciens soi-disant représentatifs étaient majoritairement des Irakiens qui, rentrés d'exil, n'avaient pas véritablement de racines dans la société irakienne.

19 En 2005, on vit émerger une coalition islamiste sunnite, le Front irakien de la concorde, qui remporta 44 sièges aux élections parlementaires en décembre de la même année. L'un de ses principaux éléments est le Parti islamique irakien, la branche irakienne des Frères musulmans, qui, comme le CSRII et le Dawa, était en exil jusqu'en 2003.

politique, puis physique, de la classe moyenne en grande partie laïque n'a pas amélioré les choses²⁰.

Les partis islamistes chiites furent les premiers bénéficiaires du nouveau système. Constituant une alliance unique (l'Alliance irakienne unifiée – AIU), qui reçut la bénédiction de la principale autorité religieuse des chiites, le grand ayatollah Ali al-Sistani, ils traduisirent leur supériorité numérique en une victoire électorale en janvier 2005. Celle-ci permit au groupe le mieux financé, le mieux équipé et le plus discipliné, le CSRII et sa milice Badr, de prendre les rênes du ministère de l'Intérieur et de ses forces de sécurité. Ces forces ne tardèrent pas à se trouver en première ligne des attaques lancées en représailles contre les sunnites, accusés de receler des groupes d'insurgés tels qu'Al-Qaïda en Irak. Le dirigeant d'Al-Qaïda en Irak, Abou Moussab al-Zarkaoui, avait défendu ouvertement les attaques contre les chiites, qu'il qualifiait dans ses discours de « *rawafidh* ». Ainsi, les attentats suicides à la bombe perpétrés par des sunnites contre des foules et des mosquées chiites déclenchèrent une nouvelle et terrible spirale de « vendetta » sectaire, dans laquelle des escadrons de la mort de miliciens se faisant passer pour des forces de police tuaient sans discrimination des sunnites en représailles d'attaques d'insurgés lancées, sans discrimination non plus, contre des chiites²¹. À mesure que le nombre de victimes augmentait, la violence et l'intimidation forçaient les sunnites à quitter les quartiers de Bagdad à dominante chiite, et vice versa. L'attentat de la mosquée de Samarra, en février 2006, allait jouer un rôle essentiel dans cette escalade en faisant éclater la violence anti-sunnite directement dans la rue²².

Le CSRII utilisa son pouvoir à la fois au sein de l'AIU et en tant qu'AIU (face aux autres partis irakiens) pour faire pression en vue d'une nouvelle structure étatique irakienne qui, une fois établie, serait fondée sur des divisions ethniques et sectaires. S'emparant en août 2005, avec la liste kurde (tout aussi puissante et disciplinée), du processus constituant, il parvint à un accord important avec les partis kurdes – presque un marché, en fait –, selon lequel les Kurdes obtiendraient la province de Kirkouk avec ses ressources pétrolières, en échange de la création d'une super-région fédérale à dominante chiite dans le sud du pays (faisant du dirigeant du CSRII, Abdel Aziz al-Hakim, « le Barzani du sud », selon les termes d'un commentateur irakien)²³.

20 Cette couche de la population était la grande absente des deux élections de 2005, soit parce qu'elle n'a pas voté, soit parce qu'elle a voté pour la principale liste chiite. Lors de l'escalade des violences sectaires à Bagdad, à partir de 2005, beaucoup de membres de la classe moyenne ont fui en Syrie ou en Jordanie.

21 International Crisis Group, *Iraq's Next War?* (voir ci-dessus note 3), pp. 14-21.

22 Les forces du ministère de l'Intérieur, contrôlées par le CSRII, avaient été en première ligne des attaques lancées en représailles contre les sunnites, avec des opérations menées essentiellement par des escadrons de la mort. À partir de l'attentat contre le sanctuaire, la violence éclata directement dans la rue, les partisans de Moqtada al-Sadr en tête. Dans cette situation, les sadristes jouaient le rôle de muscles obéissant au cerveau CSRII.

23 Dans le cadre de cet arrangement, le CSRII aurait accepté de ne pas insister sur l'application de la loi islamique (la charia) au niveau national, et de laisser aux régions le choix d'en décider.

Les arabes sunnites seraient tenus à l'écart et privés de ressources importantes. Cet accord informel fut converti en un texte constitutionnel, et la Constitution fut approuvée lors d'un référendum populaire deux mois plus tard²⁴. L'idée du CSRII d'instaurer un fédéralisme du sud a depuis lors été vivement critiquée comme étant le meilleur moyen de dissoudre l'Irak. Les Irakiens nationalistes, dont beaucoup sont chiites (y compris le mouvement de Moqtada al-Sadr et le parti Fadhila, qui est fortement représenté à Basra), s'y opposent vigoureusement, mais ils ne sont pas arrivés à vaincre l'alliance CSRII-Kurdes. En octobre 2006, une loi établissant le mécanisme de création de régions fédérales a été approuvée à une faible majorité²⁵. Certains commentateurs occidentaux ont vu dans le processus en évolution une solution possible à la crise de plus en plus grave et ont proposé que le pays soit partagé en Kurdistan, « Chiistan » et « Sunnistan », invoquant un précédent historique, les réalités actuelles et le souhait de la majorité de la population. Le fait d'avoir tort sur les trois points ne les a pas découragés²⁶.

- 24 Voir International Crisis Group, *Unmaking Iraq: A Constitutional Process Gone Awry*, Bruxelles, septembre 2005, disponible en anglais et en arabe à l'adresse: <http://www.crisisgroup.org> (date d'accès: 22 septembre 2007). Si le texte des dispositions de la Constitution relatives au fédéralisme et à Kirkouk découlait bien de l'accord conclu entre le CSRII et les partis kurdes, il était suffisamment imprécis pour permettre des interprétations divergentes. En outre, dans la mesure où le CSRII vise une super-région chiite, la Constitution risque de ne pas s'avérer très utile. Tout en établissant le principe du fédéralisme régional, elle prescrit un système partant de la base et fondé sur des référendums locaux, dont le résultat pourrait être assez différent de celui qu'imaginait le CSRII. Les Kurdes s'en sont sans doute mieux tirés avec les dispositions relatives à Kirkouk, qui leur donnaient l'espoir de gagner la zone par référendum populaire, mais là, le résultat est incertain en raison d'une opposition massive. Pour une analyse du conflit au sujet de Kirkouk, voir International Crisis Group, *Iraq and the Kurds: The Brewing Battle Over Kirkuk*, Bruxelles, juillet 2006 (disponible en anglais, en arabe et en kurde), et *L'Irak et les Kurdes : pour une résolution de la crise de Kirkouk*, Bruxelles, avril 2007, tous deux à l'adresse: <http://www.crisisgroup.org> (date d'accès: 22 septembre 2007).
- 25 Les travaux les plus intéressants sur le fédéralisme dans le sud du pays ont été menés par Reidar Visser. Ses textes sont disponibles en anglais sur le site: <http://historiae.org> (date d'accès: 22 septembre 2007). L'éclatement de l'Irak n'est probablement pas l'objectif du CSRII mais une conséquence involontaire de sa tentative pour garder le pouvoir. Faute d'un soutien populaire suffisant, le CSRII a utilisé sa puissante milice et l'appui de l'Iran comme sources de pouvoir. Avoir la maîtrise d'une super-région méridionale et de ses vastes ressources pétrolières perpétuerait ce pouvoir et lui permettrait de se maintenir en place. À vrai dire, il a justifié ses efforts en faveur d'une région du sud comme représentant une mesure de défense contre les violences des insurgés de la communauté arabe sunnite. Mais on voit mal comment le fait de rejeter les arabes sunnites protégerait les chiites de la violence.
- 26 Les partisans occidentaux de la partition font valoir que l'Irak est une création artificielle résultant de l'Empire ottoman; que les trois *vilayet* ottomans de Mossoul, Bagdad et Basra constituent une base naturelle pour trois régions aujourd'hui; que les Irakiens, par choix ou sous la menace, se sont déjà regroupés en leurs propres régions; et que la majorité des Irakiens ont indiqué ne pas pouvoir vivre avec des membres des autres communautés. En réalité, la notion d'Irak a une longue histoire derrière elle, y compris durant de longues périodes de l'Empire ottoman. Les trois *vilayet* ottomans, qui n'existent que pendant les trente dernières années de l'Empire, ne présentaient pas une homogénéité ethnique ou religieuse. Même aujourd'hui, la population reste mélangée dans la majeure partie du pays, malgré les campagnes de « nettoyage » confessionnel; et dans les sondages qui se sont succédés, la plupart des Irakiens ont indiqué préférer que le pays demeure unifié, et beaucoup d'entre eux se sont dits favorables à un fédéralisme administratif fondé sur des provinces. Les principaux défenseurs de la position opposée sont les Kurdes, qui veulent l'indépendance. Les partisans de la partition n'ont pas proposé de solution pour Bagdad ni expliqué en quoi leur solution est compatible avec la Constitution irakienne, qu'ils disent soutenir.

L'avenir de l'Irak ressemble plus au chaos total d'un État avorté qu'à une nette division ethno-confessionnelle (bien que la région kurde ait des chances de garder son intégrité si ses dirigeants réussissent à négocier la question épineuse des frontières, notamment à Kirkouk). Ceci soulève la question de savoir pourquoi les États-Unis ont facilité l'ascension des chiïtes au pouvoir (à moins que, comme beaucoup d'Irakiens, l'on ne souscrive à l'idée d'une conspiration selon laquelle les Américains auraient toujours voulu une partition de l'Irak). La réponse est que les États-Unis, en fait, n'en avaient pas l'intention. Ils souhaitaient apporter la démocratie à l'Irak, et cela signifiait d'abord des élections. Si la conséquence logique des élections libres était la montée des chiïtes au pouvoir, soit ils n'en avaient pas conscience, soit ils ne considéraient pas cela comme un problème. L'administration Bush espérait peut-être porter au pouvoir un régime laïque en poussant sur le devant de la scène, et en soutenant financièrement, des Irakiens en qui elle avait confiance tels qu'Ahmed Chalabi et Iyad Allaoui. Cette manœuvre n'eut pas eu l'effet escompté en raison de l'impopularité manifeste des deux hommes chez les Irakiens ordinaires, de la montée en puissance d'une politique religieuse et de la perte d'influence croissante des États-Unis, qui multipliaient les erreurs en tentant de pacifier et de reconstruire le pays. Le problème était que les élections n'avaient pas été gagnées par les chiïtes en tant que tels, mais par une coalition de partis islamistes chiïtes. Que la population chiïte irakienne soutienne ou non ces partis (au-delà du fait de voter en leur faveur lors d'élections), les chiïtes ne sont pas prêts, maintenant qu'ils sont au pouvoir, à se laisser priver de cette occasion historique de gouverner un pays arabe et, pour le moment, ils vont tolérer les partis islamistes.

Le discours sectaire et le facteur Iran

Pour les voisins arabes de l'Irak (l'Arabie saoudite, la Jordanie et les États du Golfe), la stratégie des États-Unis en Irak était véritablement déconcertante. Ils ne parvenaient pas à comprendre pourquoi l'administration Bush ferait à l'Iran la faveur de permettre aux chiïtes de prendre le pouvoir dans un pays arabe. Cela explique la virulence des mises en garde lancées par les dirigeants arabes à la veille des premières élections, en janvier 2005. Le roi Abdallah II de Jordanie signalait, dans un entretien accordé au *Washington Post*, qu'une influence grandissante de l'Iran en Irak pourrait se ressentir dans toute la région et mettre en place un « croissant » de mouvements ou des gouvernements chiïtes dominants qui s'étendrait du Liban jusqu'au Golfe²⁷. Comme on pouvait s'y attendre, ses remarques provoquèrent la colère des chiïtes, et il ne tarda pas à faire machine arrière, déclarant qu'il parlait des chiïtes non pas en tant que communauté religieuse mais en tant que communauté

27 Cité dans l'article de Robin Wright et Peter Baker, « Iraq, Jordan See Threat to Election from Iran », *The Washington Post*, 8 décembre 2004.

politique, soutenue par l'Iran²⁸. Cela n'apaisa guère les chiites, car ce que le monarque disait en réalité, c'était qu'il considérait que les partis chiites irakiens agissaient pour le compte des Iraniens. Ce point de vue fut confirmé par l'Égyptien Hosni Moubarak, qui, en avril 2006, déclarait à son tour que « la plupart des chiites » vivant dans les pays arabes « sont loyaux envers l'Iran, et non envers les pays dans lesquels ils vivent » [traduction CICR]²⁹. En d'autres termes, les États arabes estimaient que l'Iran servait ses propres intérêts par l'intermédiaire des communautés chiites de la région³⁰. Ces mises en garde étaient quelque peu excessives : le croissant comprenait la Syrie, dont le régime dirigé par les alaouites n'est pas universellement reconnu comme chiite (en tout cas, certainement pas par lui-même) et n'a manifesté aucune intention de participer à une alliance chiite interrégionale. Toutefois, la Syrie entretient depuis longtemps une relation stratégique et intéressée avec l'Iran. Par conséquent, dans la mesure où la principale menace semblait venir de l'Iran, elle aussi était impliquée³¹.

L'irréparable a-t-il été commis en matière de sectarisme ? Le spectre du chiisme planant au-dessus de tout le Machrek devient-il une réalité ? Il serait prématuré de tirer cette conclusion. Tout laisse à penser que le nationalisme

28 *Jordan Times*, 6 janvier 2005. La Jordanie s'est associée à un effort visant à édifier un « mur arabe » contre le pouvoir croissant de l'Iran – effort qui a réuni l'Arabie saoudite et la plupart des États du Golfe contre l'Iran, la Syrie, le Qatar, le Hezbollah et le Hamas. La loyauté de la Syrie est contestée, et ce pays (qui a une population majoritairement sunnite mais des dirigeants appartenant à la communauté minoritaire alaouite) pourrait opérer un revirement décisif. Que le Qatar, avec sa grande base militaire américaine, soit présenté comme un allié de l'Iran s'explique davantage par les conflits qui l'opposent à l'Arabie saoudite que par une quelconque allégeance au pays situé de l'autre côté du Golfe.

29 *USA Today*, 13 avril 2006. Les déclarations des deux dirigeants étaient totalement intéressées : « Vous, voyez », disaient-ils en substance à leurs alliés les États-Unis, « c'est ce que vous récoltez lorsque vous organisez des élections libres dans des pays comme les nôtres – des islamistes au pouvoir et un rôle accru de l'Iran dans la région » [traduction CICR]. Chose intéressante, ces déclarations étaient également en phase avec l'antichiisme exposé par les sunnites takfiris, tels que le responsable d'Al-Qaïda en Irak, Abou Moussab al-Zarkaoui – une alliance contre nature s'il en fut, du moins du point de vue du roi Abdallah II, dont le régime a été la cible de violentes attaques de Zarkaoui, notamment les attentats à la bombe du 9 novembre 2005 contre des hôtels.

30 Le régime iranien riposta par une déclaration à sa façon, prononcée par le Guide suprême, l'ayatollah Ali Khamenei : « Ceux qui utilisent de façon malveillante le takfiri [lisez : Zarkaoui] pour déclarer que de larges groupes de musulmans sont non croyants, ceux qui insultent ce qui est sacré pour différentes branches de l'islam [lisez : les poseurs de bombes de la mosquée de Samarra], ceux qui trahissent les jeunes Libanais qui font honneur à l'oumma [lisez : le Hezbollah] et leur plantent un couteau dans le dos, ceux qui, pour faire plaisir aux Américains et aux sionistes, parlent de la menace fabriquée de toutes pièces d'un croissant chiite, ceux qui incitent à des hostilités fratricides et à l'anarchie en Irak afin de terrasser son gouvernement islamique et populaire, et ceux qui font pression sur le gouvernement élu du Hamas en Palestine, que ce soit volontairement ou non, seront jugés coupables, honnis par l'histoire et abhorrés par les générations futures, et considérés comme des mercenaires de l'ennemi brutal » [traduction CICR], *Agence de presse de la République islamique*, 29 décembre 2006.

31 Si les régimes arabes ont été opposés à l'idée d'élections en Irak, c'est aussi peut-être parce qu'ils avaient conscience d'un ambitieux plan iranien visant à les ébranler dans toute la région en soutenant des mouvements islamistes qui, dans une élection libre, seraient probablement portés au pouvoir. Un observateur a indiqué : « Ironiquement, l'Iran s'est avéré le principal allié de la cause de la démocratie dans les pays arabes, car le meilleur moyen de saper les régimes en place est de promouvoir des mouvements islamistes populaires tels que le Hezbollah au Liban, les Frères musulmans en Égypte, le Hamas en Palestine et la majorité chiite en Irak » [traduction CICR]. Voir l'article de Shlomo Ben-Ami, « Let's consider reaching a grand bargain with Iran », *Daily Star*, 17 septembre 2007.

ethnique continue à modérer et diluer les passions sectaires – en Irak comme dans l'ensemble de la région. La division de l'AIU sur la question du fédéralisme dans le sud le montre. L'attitude arrogante et condescendante de l'Iran envers les partis chiites irakiens, que ceux-ci détestent car ils l'attribuent à du racisme (anti-arabe), fragilisera également tout grand projet d'alliance internationale chiite³². L'usage du mot « *rawafidh* » a beau avoir largement cours dans les quartiers sunnites pour désigner les chiites du pays, le terme le plus couramment utilisé à la fois par les sunnites et les chiites laïques pour qualifier les partis islamistes chiites et en particulier leurs membres est « *Safawiyin* » – descendants de la dynastie iranienne (chiite) des Safavides – autrement dit, Iraniens³³. Quant aux chiites irakiens ordinaires, ils éprouvent encore moins de sympathie pour l'Iran, y compris son système de gouvernement.

Il en va de même pour le rôle de l'Iran et les relations entre chiites ailleurs dans la région. Preuve en est la guerre de juillet 2006 au Liban. Si l'on peut dire que l'Iran a soutenu le Hezbollah par solidarité avec les chiites, on peut aussi dire avec encore plus de raison qu'il y a eu convergence d'intérêts entre l'Iran et le Hezbollah pour contrecarrer ce qu'ils considéraient comme un plan israélo-américain visant à redessiner la carte de la région. C'est également pour cela que l'Iran soutient le Hamas, la branche palestinienne des Frères musulmans, mouvement incontestablement sunnite. Mais alors que, dans les territoires occupés, beaucoup apprécient vivement la solidarité de l'Iran avec la souffrance des Palestiniens, l'attrait de ce pays en tant que puissance régionale est très faible³⁴. Il est intéressant de voir que, pendant le conflit de l'été 2006, le chef du Hezbollah, Hassan Nasrallah, s'évertuait à minimiser l'importance des origines chiites de son mouvement en soulignant le caractère nationaliste arabe de sa lutte contre Israël : il s'agissait d'un mouvement de résistance national qui refusait de se soumettre à une puissance d'occupation coloniale et prédatrice. Par exemple, la chaîne de télévision du Hezbollah, Al-Manar, diffusait des chants nassériens qui étaient populaires en Égypte dans les années 1950, suscitant une réaction enthousiaste de la masse du peuple égyptien. Si nous examinons ce que les islamistes sunnites pensaient du Hezbollah, nous constatons que la majorité d'entre eux l'ont soutenu indéfectiblement pendant le conflit et que seuls les takfiris, fondamentalistes salafis, l'ont critiqué pour avoir servi les intérêts chiites et iraniens³⁵.

32 Cependant, s'ils sont obligés de se défendre, ces mêmes partis pourraient bien se réfugier dans les bras protecteurs de l'Iran.

33 Inversement, de nombreux chiites qualifient maintenant les sunnites tout simplement d'*irhabiyin* (terroristes), épithète à connotation politique.

34 L'Iran et son président haut en couleur, Mahmoud Ahmadinejad, peuvent s'attirer le soutien de l'homme de la rue dans le monde musulman en défendant les causes pro-palestinienne et anti-israélo-américaine que les masses populaires reprochent à leurs propres régimes – répressifs et pro-américains – de ne pas soutenir. Mais ce genre de solidarité émotionnelle est superficiel et ne signifie pas une adhésion aux politiques iraniennes. Pour des exemples de réactions enthousiastes aux pantalonnades d'Ahmadinejad, voir l'article de Jeffrey Fleishman, « Ahmadinejad hailed in Middle East », *Los Angeles Times*, 24 septembre 2007.

35 Reuven Paz, « Hotwiring the Apocalypse: Jihadi Salafi Attitude towards Hizballah and Iran », *PRISM, Occasional Papers*, Vol. 4, N° 4, août 2006.

Le conflit de juillet au Liban, cependant, et le fait que l'Irak a sombré dans la guerre civile sont tous deux symptomatiques d'un malaise plus grand au Moyen-Orient, issu de la non-résolution de problèmes qui entretiennent une colère latente, tels que le conflit israélo-palestinien et l'illégitimité du système étatique arabe. La fracture confessionnelle n'est que l'un des nombreux dangers qu'engendre ce malaise. Le chaos en Irak a conduit à une fragmentation sociale, encourageant les communautés à être toujours sur la défensive et ne leur laissant d'autre choix que de rechercher la protection d'un éventail toujours plus large d'acteurs non étatiques – milices, groupes d'insurgés, organisations criminelles –, qui s'en trouvent renforcés. De nouvelles loyautés et identités ont ainsi émergé en nombre, au détriment d'une identité nationale irakienne.

La victoire du Hezbollah (sa capacité à survivre aux assauts d'une force militaire qui lui était de loin supérieure) a eu l'effet paradoxal de limiter la marge de manœuvre de ce mouvement. Celui-ci jouissait à l'époque d'une large popularité dans le monde arabe, quand il jouait avec succès la carte de la résistance, mais il ne pourra plus la rejouer aussi facilement car cela entraînerait encore des destructions, le privant peut-être du soutien dont il peut encore bénéficier au Liban, même parmi les chiites. Il se pourrait bien que les véritables vainqueurs soient les groupes sunnites radicaux de la mouvance Al-Qaïda, enhardis par le fait qu'Israël a perdu sa capacité de dissuasion et exempts des contraintes que connaît le Hezbollah³⁶. Leurs principaux adversaires sont des régimes arabes dont la faillite morale en tant que représentants de leur peuple est depuis longtemps évidente. Le conflit de juillet a mis en évidence la fragilité de ces États : après avoir critiqué sévèrement le Hezbollah pour l'aventurisme dangereux dont il faisait preuve en provoquant une réaction disproportionnée d'Israël, certains régimes ont bientôt été obligés de se rétracter sous la pression populaire – l'opinion publique arabe ayant soutenu à cent pour cent le Hezbollah, sans voir, assez curieusement, l'implication iranienne qui était si évidente pour ces régimes. Ceux-ci, qui reposent sur des États policiers, ne sont peut-être pas faciles à renverser, mais ils ne peuvent guère, non plus, être renforcés par le double problème que constituent l'intervention militaire occidentale et un mécontentement populaire général.

La position interne agressive du Hezbollah face au gouvernement libanais et « l'auto-coup d'État » du Hamas à Gaza ont annulé certaines des avancées que ces partis islamistes avaient enregistrées auprès des populations de toute la région. Le Hezbollah a prouvé, avec son offensive en faveur d'un pouvoir chiite au Liban, qu'en fin de compte il reste un parti sectaire. Le Hamas est lui aussi sectaire, en même temps que nationaliste, et le qualificatif de « chiites, chiites ! » scandé (à l'adresse de sunnites !) lors des rassemblements du Fatah le lui ont douloureusement rappelé. Le « lynchage » (chiite) de Saddam Hussein (sunnite), en particulier, a eu pour effet radical d'ouvrir les yeux d'un public momentanément ébloui par la victoire nationaliste du Hezbollah sur l'impulsion chiite/iranienne qui se cachait derrière cette victoire.

36 Pour preuve, les mois de combats qui ont vu s'affronter, en 2007, Fatah al-Islam, groupe djihadiste installé dans le camp de réfugiés de Nahr al-Bared (nord du Liban), et les forces armées libanaises.

Conclusion : des tendances qui font contrepoids

La situation actuelle est celle d'une bataille encore indécise entre des identités antagonistes, et un public ballotté par des régimes engagés dans un combat à mort contre des ennemis supposés. Plutôt qu'une évolution vers une nouvelle identité globale – nationalisme et religion –, nous assistons à une fragmentation et à un retour vers des identités plus anciennes, primordiales : la famille, le clan, la tribu, le groupe ethnique et les chefs locaux, vivants ou morts (seigneurs de la guerre, religieux, sages, saints).

Si l'on peut difficilement prévoir l'issue de cette bataille, il convient toutefois de relever certaines tendances :

- L'Iran déploie des efforts considérables pour devenir la première puissance du Golfe, et il sera peut-être impossible de l'arrêter dans sa progression. Cependant, sa réussite à long terme pourrait, en fin de compte, dépendre de la façon dont le régime choisit de présenter le pays : comme étant chiite, ou persan, ou comme une entité moins étroite reflétant davantage la mosaïque de sa propre société, à savoir un pouvoir régional qui transcende des identités conflictuelles et gouverne les peuples en appliquant des principes d'équité et d'égalité. L'Iran a plutôt pour objectif de réduire l'influence des États-Unis et d'Israël que de propulser le Hezbollah au pouvoir pour diriger le Liban par procuration. Il a un intérêt pragmatique à parvenir à des arrangements viables avec ses voisins.
- Deux des principales puissances de la région, l'Iran (qui représente les chiites et les Persans) et l'Arabie saoudite (qui représente les sunnites et les Arabes), ont entamé un dialogue visant à réduire le dénigrement mutuel en créant un espace de compromis – en Irak, au Liban, en Palestine et partout où ces puissances s'affrontent et où leurs intérêts respectifs se heurtent. À terme, quel que soit le rôle joué par des puissances extérieures, les solutions régionales qui seront mises en place devront résulter essentiellement d'efforts régionaux de consolidation de la paix.
- Si les couches supérieures de la classe moyenne laïque de l'Irak vivent en ce moment à l'étranger (sunnites et chiites, bien que les premiers soient probablement majoritaires), elles pourraient cependant avoir un rôle important à jouer. La majorité silencieuse des Irakiens, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du pays, abhorrent la division, mais aussi longtemps que la violence et le chaos régneront, ils continueront de se faire absorber par des identités communautaires. D'ici dix ou vingt ans, il se peut qu'ils doivent relever le défi de reconstruire l'Irak de manière non sectaire.
- Même dans l'Irak sectaire, il y a eu des tentatives importantes pour nouer des alliances intercommunautaires et renforcer la notion de « chiites arabes » (par exemple, le mouvement sadriste, Fadhila et de nombreux indépendants de l'AIU), par opposition aux « chiites iraniens » (CSRII et Dawa). Les dissensions intra-sunnites et intra-chiites contribueront aussi à limiter les conflits entre sunnites et chiites.

- Sur le plan social, les mariages entre sunnites et chiites (de classe moyenne) ont été très courants. Si ce phénomène ne peut que pâtir des dissensions sectaires en Irak, il est peu probable que les habitudes des familles musulmanes changent dans les sociétés mixtes qui ne sont pas touchées par la violence.

Pour encourageantes que soient certaines de ces tendances, l'évolution récente de la situation annonce plutôt une période extrêmement dangereuse au Moyen-Orient (et par conséquent dans le monde entier). On pourrait assister ces prochaines années à un morcellement violent de l'Irak, à une remise en cause de toutes les frontières postottomanes, à des conflits régionaux (une réplique de la guerre Iran-Irak mais cette fois-ci directement entre l'Iran, d'un côté, et les anciens protecteurs de l'Irak, les États arabes, de l'autre), à une répression des communautés chiites (en Arabie saoudite, au Koweït et à Bahreïn), à une intervention américaine en Iran, à la poursuite de l'occupation, de la colonisation et des mesures d'expropriation israéliennes que subissent les Palestiniens, ainsi qu'à des soulèvements de population aiguillonnés par des attentats du type Al-Qaïda contre les régimes arabes.

Quoi que l'on puisse penser du renversement du régime irakien par les États-Unis et des désastreuses mesures de « *nation building* » qui ont suivi, il est dans l'intérêt de la communauté internationale d'empêcher la survenue d'événements encore plus graves maintenant que la situation échappe dangereusement à tout contrôle. Tous les efforts devraient viser à stabiliser l'Irak en aidant ses nombreux acteurs politiques à parvenir à un compromis global concernant les principales questions, indissociablement liées, de la structure de l'État, de la division des pouvoirs et du partage des revenus du pétrole. Ce nouveau pacte national pourrait apaiser les tensions sectaires et réduire la violence. Les États-Unis devraient indiquer clairement leur intention de se retirer progressivement de l'Irak une fois que l'énorme vide créé par leur guerre aura été comblé par une nouvelle structure étatique durable. Simultanément, il faut que le processus de paix en Israël et en Palestine soit relancé dans tous ses aspects. De plus, les États-Unis et leurs alliés devraient établir un dialogue avec la Syrie et l'Iran sur toutes les questions qui les divisent – dont, surtout, le programme nucléaire iranien. Toute stratégie qui resterait en-deçà de ces mesures pourrait s'avérer désastreuse.

L'islam comme référence des groupes politiques et sociaux en Irak*

Pierre-Jean Luizard

Pierre-Jean Luizard est chercheur au CNRS et historien de l'islam contemporain dans les pays arabes du Moyen-Orient.

Résumé

Dans le contexte général de réislamisation des sociétés arabes, l'Irak a une position exceptionnelle du fait de l'occupation américaine et de l'absence d'un État viable. La reconstruction communautariste tentée sous l'égide américaine a suscité un repli communautaire généralisé où l'islam joue un rôle essentiel. Les identités confessionnelles ont été exacerbées, d'autant plus qu'elles jouent sur des registres largement sécularisés par des années de vie politique partiellement dominée par des partis laïques ou laïcisants (Parti communiste irakien ou PCI, Baas). Or, il semble bien qu'un islam sécularisé, à vocation d'abord identitaire et devenu imperméable à toute éthique religieuse, est susceptible d'alimenter des affrontements d'autant plus inexpiables que chacun a l'impression de lutter pour sa survie en tant que membre de sa communauté.

⋮⋮⋮⋮⋮

Le paysage politique irakien de 2007 pourrait suggérer deux choses : l'islam monopolise les représentations politiques et identitaires dans la zone arabe, et la dimension ethnique domine dans la zone kurde. Aux dernières élections législatives de décembre 2005, les chiites ont en effet voté pour la liste de l'Alliance irakienne unifiée, ombrelle des partis islamistes chiites qui avait la bénédiction

* Original français. La version anglaise de cet article a été publiée sous le titre « Islam as a point of reference for political and social groups in Iraq », *International Review of the Red Cross*, Vol. 89, N° 868, décembre 2007, pp. 843-855.

de l'ayatollah Sistani, les sunnites pour les listes sunnites, en majorité celles du Front de la concorde nationale, qui rassemble les partis islamistes sunnites, tandis que les Kurdes ont voté pour les partis kurdes. Ainsi, la représentation que l'on affecta de croire « démocratique » n'était en fait qu'une projection, tel un cliché instantané, du rapport de forces démographique : en Irak coexistent 55 % de chiites, Arabes dans leur immense majorité, 20 % d'Arabes sunnites et 20 % de Kurdes, également sunnites, à quoi s'ajoutent quelques minorités qui ne font pas plus que 5 % de la population. Les listes où étaient représentés les partis transcommunautaires, comme le Parti communiste irakien ou certains anciens du parti Baas, ont été battues. Pire encore, pour pouvoir espérer une représentation, le parti communiste a dû faire cause commune avec l'« agent de la CIA », Iyad Allaoui, au sein d'une Liste nationale irakienne (Allaoui, PCI) qui a obtenu 8 % des voix. Le Front irakien pour le dialogue national de Saleh Motlak, regroupant les sunnites sécularistes, n'a recueilli que 4,1 % des voix¹. Le processus « démocratique » n'a ainsi fait qu'aggraver la surenchère communautaire, puisque chaque Irakien a été renvoyé à son identité religieuse et/ou ethnique. Ce processus a aussi accompagné l'explosion de la haine confessionnelle entre chiites et sunnites.

Les origines de la haine confessionnelle

L'Irak a vécu un effroyable carnage quotidien, et personne ne semblait en mesure d'y mettre un coup d'arrêt. La guerre confessionnelle qui oppose la majorité chiite aux sunnites en Irak a pris une dimension apocalyptique après l'attentat du 22 février 2006. La mosquée au dôme doré qui renferme les tombeaux des X^e et XI^e imams chiites à Samarra, quatrième ville sainte du chiisme en Irak, avait alors été en partie détruite par un attentat revendiqué par des djihadistes proches d'Al-Qaïda. Mais avant cela, l'anti-chiisme s'était déjà déchaîné, faisant des dizaines de milliers de morts. La guerre confessionnelle a en fait débuté le 29 août 2003, avec l'attentat de Nadjaf qui coûta la vie à 89 personnes, parmi lesquelles l'ayatollah Mohammed Baqer al-Hakim. Les zones de contact entre les communautés sont devenues les lignes d'un front invisible – attentats aveugles auxquels répondent des enlèvements de masse, suivis d'exécutions sommaires. Chaque matin, Bagdad a fait sa macabre moisson de cadavres mutilés. Cette guerre a poussé en 2006 plus d'un demi-million de personnes à fuir les quartiers mixtes de Bagdad et les régions à l'est de la capitale, dans la province de Diyala, où Arabes, Kurdes, sunnites et chiites vivent côte à côte. Fin 2007, on estime à près de deux millions le nombre de déplacés à l'intérieur du pays².

1 Voir les résultats certifiés de la Commission électorale indépendante pour l'Irak, sur http://www.ieciraq.org/English/Frameset_english.htm (dernière visite le 17 décembre 2007).

2 Voir Internal Displacement Monitoring Centre, « Total internally displaced population is estimated to be more than 2 million (as of September 2007) », sur [http://www.internal-displacement.org/idmc/website/countries.nsf\(httpEnvelopes\)/B6C0B024031DFA0F802570B8005A74D6?OpenDocument](http://www.internal-displacement.org/idmc/website/countries.nsf(httpEnvelopes)/B6C0B024031DFA0F802570B8005A74D6?OpenDocument) (dernière visite le 20 décembre 2007).

Là où chiites et sunnites s'équilibraient, Bagdad est devenue chiite à 75 % à la suite d'une violente campagne de chiitisation. Quelle est l'origine de la haine confessionnelle ? Il n'y en a pas une, mais plusieurs, entre lesquelles il faut établir une hiérarchie.

Pas d'ethnisation des identités confessionnelles

Tout d'abord, il s'agit bien d'une guerre civile, c'est-à-dire d'une guerre qui se déroule à l'intérieur d'une seule et même société. Il y a une grande différence entre les identités ethniques en Irak, qui opposent par exemple Arabes et Kurdes ou Turkmènes et Kurdes, et les identités confessionnelles. Le Kurdistan est une pièce rapportée par l'ancienne puissance mandataire britannique à un ensemble irakien qui est incontestablement arabe. Venant des plaines arabes, on pénètre au Kurdistan comme dans un autre pays : tout y est différent, la langue, la culture, le relief, le climat. Rien de tel entre Arabes sunnites et chiites : à quelques exceptions près, tous sont arabes, partagent une même culture, imprégnée de valeurs bédouines – même s'il existe des spécificités chiites et sunnites – et vivent dans un même environnement. Il n'y a pas d'ethnisation des identités confessionnelles en Irak, à l'image de l'ex-Yougoslavie. Même si les plus misérables sont chiites, il existe aussi de riches chiites, et l'on ne peut pas invoquer un simple clivage économique et social comme élément prépondérant pour expliquer le conflit actuel. Sunnites et chiites parlent les mêmes dialectes arabes et seul leur nom peut permettre de deviner qui est qui. Et encore pas toujours. Un « Joubouri », par exemple, peut être chiite ou sunnite, de même qu'un « Chammar ». Car les tribus arabes qui se sont sédentarisées dans les plaines fertiles du Tigre et de l'Euphrate, en provenance de la péninsule Arabique, ont souvent une branche sunnite et une branche chiite. Dans les régions à majorité chiite, ces tribus, toutes sunnites à l'origine, se sont converties au chiisme par esprit de solidarité régionale, tandis que d'autres, dans les régions à majorité sunnite, sont demeurées attachées au sunnisme.

Un système tribal hiérarchique et un clivage social

L'Irak a été le dernier grand réceptacle des invasions nomades. Une majorité de la population arabe d'Irak est constituée de nouveaux venus et une majorité des chiites sont des convertis plus ou moins récents (les dernières vagues de conversions ne remontent qu'au XIX^e siècle). C'est la déchéance liée à la sédentarisation, au regard du code de valeurs bédouines, qui a favorisé la conversion au chiisme. Les hommes des tribus sédentarisées ou semi-sédentarisés connurent un brutal asservissement par rapport aux tribus demeurées nomades, les grandes tribus chamelières, les seigneurs du désert. L'égalitarisme traditionnel de la tribu fut remplacé par un rapport de soumission violent où les communautés sédentaires devaient payer aux nomades le tribut de protection. Très vite, les paysans devinrent de véritables serfs dans le cadre d'un nouveau système féodal, au sens européen du terme, à partir du moment où les grands

cheikhs tribaux se virent attribuer des titres de propriété sur les immenses domaines jusqu'alors bien commun de la tribu ou propriété du sultan d'Istanbul. Ottomans, puis Britanniques, allaient être les maîtres d'œuvre de ces politiques visant à établir des relais sur un monde tribal largement hors contrôle. Le chiisme, qui exalte la lutte contre l'oppression, offrait un idéal et des valeurs en adéquation avec le sentiment d'injustice de ces tribus souvent considérées comme la propriété personnelle du cheikh, au même titre que les terres cultivées. La tyrannie des grands cheikhs poussa des millions de paysans chiites sans terre à émigrer vers les grandes villes dans les années 1930-1960. D'immenses bidonvilles les y accueillirent par affinités régionales. Sadr City est le prototype de ces quartiers qui ont fait rentrer les tribus dans la ville (et encore, elles sont toujours considérées comme « hors la ville » par les vieux citadins, sunnites comme chiites, du centre ville). Elles y devinrent la base du parti communiste, avant de « revenir » au mouvement religieux chiite qui avait pris la tête de la lutte contre la domination européenne au début du XX^e siècle. C'est donc un clivage social propre à la hiérarchie du monde tribal arabe qui fonde en partie l'opposition entre chiites et sunnites. Mais pas seulement. Car il ne faut pas perdre de vue que, en Irak, ce sont les solidarités tribales et régionales qui priment. L'identité confessionnelle elle-même n'est que la conséquence des solidarités régionales. Sinon, comment expliquer que, soumises à une même violence liée à la sédentarisation, d'autres tribus soient demeurées sunnites dans les régions à majorité sunnite ?

Le nationalisme arabe et l'exclusion des chiites

Les chiites d'Irak partagent avec les autres chiites du monde arabe le fait d'avoir été depuis des siècles une communauté dominée socialement et exclue politiquement. Leur exclusion du pouvoir ne date pas seulement de Saddam Hussein. Elle remonte à l'origine de l'État irakien tel qu'il fut fondé par la puissance mandataire britannique en 1920. Le système politique mis en place était alors d'apparence moderne et ne revendiquait aucune coloration confessionnelle, au contraire du confessionnalisme politique institutionnalisé en 1943 au Liban. Mais il se fondait sur une idéologie ethnique et sécularisée – le nationalisme arabe, conçu sur le modèle des nationalismes européens – que les élites sunnites allaient utiliser comme un moyen d'exclure les chiites, eux aussi arabes, mais pour qui l'arabité n'était pas séparable de l'islam. La puissance mandataire britannique se servit alors des anciennes élites ottomanes, attachées au sunnisme, pour asseoir son pouvoir, consacrant dans le cadre du nouvel État la domination des sunnites sur les chiites.

Le renversement des alliances en 2003

Un demi-siècle plus tard, la révolution islamique en Iran donna le signal de l'émancipation à la fois politique et sociale des communautés chiites dominées du monde arabe. Le Hezbollah au Liban en est la manifestation la plus éclatante.

En Irak, cependant, le désir d'émancipation des chiites a rencontré paradoxalement le besoin des Américains de s'appuyer sur un relais irakien. L'année 2003 a vu un renversement d'alliances vieilles de près d'un siècle : pour la première fois, une puissance occidentale s'adressait aux exclus de l'ancien système, les chiites et les Kurdes, pour en faire les principaux bénéficiaires, croyaient-ils, d'un nouveau système basé sur « le droit de la majorité ». En feignant de confondre majorité démocratique et majorité démographique, les Américains ont en fait confirmé une règle : une puissance d'occupation en Irak ne peut se maintenir qu'en mettant les Irakiens en concurrence les uns avec les autres, et le communautarisme, lié à l'absence de réelle souveraineté, demeure alors la seule option possible. La reconstruction politique s'est faite sur des bases communautaires à tous les échelons, enfermant la société irakienne dans une spirale infernale. Car, l'autorité suprême étant étrangère, les acteurs irakiens, politiques ou religieux, ont privilégié la négociation avec celle-ci au nom d'intérêts particuliers, plutôt que de s'engager dans la recherche d'un nouveau contrat de coexistence entre Irakiens. L'implosion de la société irakienne qui a suivi dépasse d'ailleurs les clivages communautaires et affecte les chiites comme les sunnites, divisés en mille allégeances régionales et, même, de quartier.

Dans le système politique qui n'en finit pas d'échouer de façon sanglante sous nos yeux, les Arabes sunnites sont condamnés à n'être qu'une minorité sans pouvoir et sans richesse dans leur propre pays, ce qu'ils n'accepteront jamais. C'est ce refus qui a permis le triomphe du facteur extérieur en Irak. Car à l'occupation américaine s'est ajoutée la volonté de la mouvance fondamentaliste sunnite internationale, proche d'Al-Qaïda, de faire de l'Irak un champ de bataille privilégié dans la guerre qu'elle mène contre l'Occident. Les Américains et Al-Qaïda se font la guerre en Irak par communautés irakiennes interposées. La guerre menée contre les chiites est aussi une guerre contre les Américains. Les émules d'Abou Moussab al-Zarqaoui en Irak ont là un espace inespéré. Leur unique projet est de piéger les Américains dans ce pays, d'y interdire toute stabilisation politique et surtout tout front commun des chiites et des sunnites contre l'occupation. Pour cela, la stratégie du chaos était d'une terrifiante facilité : déclaration de guerre contre les « apostats » chiites, en puisant dans le stock des représentations anti-chiites traditionnelles du fondamentalisme sunnite, et terrorisme aveugle, dans l'espoir d'un engrenage incontrôlable de terreur et de représailles. Ayant mis le feu à la mèche de la haine confessionnelle, les djihadistes n'avaient plus qu'à assister à l'hécatombe. Depuis 2003, plus de sept cents kamikazes, irakiens sunnites pour la plupart, ont fait le sacrifice de leur vie, dont une bonne partie pour tuer d'autres Irakiens, chiites.

La réaction des chiites

Les chiites supportèrent longtemps le carnage sans réagir. Du moins en apparence. Car les campagnes meurtrières et destructrices de 2004 et 2005 contre les grandes villes sunnites, Fallouja, Ramadi, Samarra, Mossoul, Tell Afar, étaient menées par les forces de la Coalition secondées par des soldats chiites. En infiltrant

la police et les autres forces de sécurité, les milices chiites confisquaient à leur profit des institutions officielles mort-nées. En même temps, leurs religieux lançaient des appels à la retenue. Mais le principal artisan de cette retenue sur le terrain, Moqtada al-Sadr, allait être rattrapé par la haine confessionnelle. Avec une base qui était devenue la cible privilégiée des djihadistes, il ralliait finalement la Maison commune chiite en 2005, tandis que ses milices dépassaient désormais les escadrons de la mort du ministère (chiite) de l’Intérieur dans leurs exactions contre les sunnites, assimilés en bloc aux Takfiris (les « excommuniés », nom que les chiites donnent aux partisans de Zarqaoui). Le 9 juillet 2006, des miliciens de l’Armée du Mahdi de Moqtada al-Sadr arrêtaient les automobilistes dans le quartier Al-Djihad à Bagdad. Ceux dont les papiers d’identité semblaient indiquer qu’ils pouvaient être sunnites étaient emmenés et exécutés. Les mêmes milices se sont engagées dans une campagne de chiitisation de Bagdad, chassant les sunnites de quartiers où ils représentaient parfois plus de 40 % des habitants, comme à Al-Hourriya, sur la rive occidentale du Tigre. Avec le nombre actuel de morts, le prix du sang à payer est devenu exorbitant et interdit toute réconciliation à court ou moyen terme. Mais la partition sur des bases confessionnelles est aussi irréaliste. Bagdad en est l’illustration : malgré les déplacements de population, les quartiers monoconfessionnels demeurent des exceptions. Ils sont éparpillés, sans continuité territoriale. Le mur qui a séparé les communautés dans le quartier de Dora, au sud-est de Bagdad, ne peut être généralisé, même si la capitale a tendance à se hérissier de palissades.

Surmonter un tabou

Avant 2003, les tensions entre sunnites et chiites étaient un sujet tabou pour beaucoup d’Irakiens. Les évoquer, surtout de la part d’un Occidental, paraissait déplacé. Certes, il y avait la censure due au régime de terreur imposé par Saddam Hussein, mais ce n’était pas tout. Nombre d’Irakiens en exil n’appréciaient pas davantage cette distinction faite entre Irakiens. L’occupation a exacerbé un conflit latent et récurrent, lui donnant la dimension d’un combat inexpiable, où les Irakiens sont assignés à leur identité confessionnelle et ethnique. Une illustration du fait que les identités, mouvantes par définition, peuvent toujours se cristalliser brusquement sur un aspect particulier si le contexte vient à s’y prêter. On ne vit pas sans identité, mais celle-ci peut aussi devenir une prison et une arme redoutable dans des oppositions d’autant plus implacables que, de part et d’autre, on croit lutter pour sa survie. Entre une impossible réconciliation et une impossible partition, l’Irak risque de continuer sa descente aux enfers, sous les yeux d’une communauté internationale impuissante et tétanisée.

Le salafisme en Irak : un nouveau venu ?

Cette polarisation confessionnelle extrême a correspondu au « retour » à l’islam des Arabes sunnites d’Irak, plus particulièrement sous sa forme salafiste.

Le salafisme en Irak a des racines anciennes. Abou al-Thana al-Aloussi (1802-1854), Nouman al-Aloussi (1836-1899), Mahmoud Choukri al-Aloussi (1857-1924), tous membres d'une célèbre famille de *sayyid* sunnites de Bagdad opposée aux Ottomans, manifestèrent les premiers une adhésion locale à l'islam réformiste. Ils prirent position en faveur des wahhabites qui défiaient la Porte dans la péninsule Arabique. Ayant bien accueilli au début les Jeunes Turcs, au nom de la lutte contre le despotisme, cette famille leur fut rapidement opposée. Le positivisme des précurseurs de la laïcité kémaliste, qui, de surcroît s'avérèrent d'ombrageux nationalistes turcs, pouvait difficilement trouver un terrain d'entente avec les partisans d'un « retour » à l'islam des pieux ancêtres musulmans (*salaf*), nouveau credo mis en avant par le réformisme musulman. Mohammed Bahjat al-Athari (1902-1996) fut ensuite à Bagdad le héraut de cette tendance religieuse et politique à travers ses nombreuses publications, notamment sur les Aloussi. Cheikh Mohammed al-Aloussi, dirigeant de l'actuel Bloc islamique, est l'arrière-petit-fils d'Abou al-Thana al-Aloussi. Un autre Aloussi, Mithal al-Aloussi, prône pour sa part la réconciliation avec les chiïtes.

Un mouvement récent aux racines anciennes

C'est à la fin des années 1940 que l'Irak importa le modèle égyptien, avec la fondation de la branche irakienne des Frères musulmans. Toutefois, le salafisme irakien s'est développé selon des voies plus intellectuelles, plus élitistes, et moins directement politiques qu'en Égypte. Son influence est demeurée faible en Irak : conscients de leur situation de minoritaires dans ce pays, les Arabes sunnites évitèrent en effet de se diviser entre religieux et laïques et concentrèrent leurs efforts pour sauvegarder leur mainmise sur l'État fondé en 1920 par la puissance mandataire britannique.

Malgré ses racines anciennes, donc, le salafisme est un mouvement tardif en Irak, comparé au salafisme égyptien, syrien, palestinien ou saoudien. Des mouvements tels que les Frères musulmans ou le Parti de la libération islamique n'ont jamais rencontré de soutien significatif chez les Arabes sunnites d'Irak. Pendant près d'un siècle, les élites arabes sunnites ont été davantage porteuses d'idéaux laïcisants (le réformisme militaire) ou clairement laïques (le Baas). Pris par un réflexe confessionnel d'autodéfense, ils ont adopté une position qui n'a pas favorisé l'émergence d'un mouvement fondamentaliste fort, à l'image de ce qui se passait ailleurs dans la région. Sous le régime de Saddam Hussein, le petit mouvement fondamentaliste en place chez les Arabes sunnites avait des liens forts avec l'Arabie saoudite. Tel était le cas du Bloc islamique du cheikh Mohammed al-Aloussi, fondé en 1970 et proche des Frères musulmans pro-saoudiens. Une autre tendance des Frères musulmans, plutôt hostile à l'Arabie saoudite, le Parti islamique irakien, avait des liens privilégiés avec le Soudan. Chez les Kurdes, le salafisme s'est développé à la faveur de la victoire de la révolution islamique en Iran. Bien que sunnite, ce mouvement a conservé des liens avec l'Iran. Cette marginalité initiale du salafisme n'a pas empêché l'apparition d'un nouveau discours religieux chez tous les dirigeants de la communauté arabe sunnite d'Irak. Pourquoi ?

L'exclusion des Arabes sunnites

C'est l'exclusion des Arabes sunnites qui en est la cause. La chute du régime de Saddam Hussein a été un traumatisme pour les Arabes sunnites d'Irak. Non qu'ils aient porté un amour indéfectible à un régime qui les avait, à leur tour, sévèrement réprimés dans ses dernières années. Mais il y avait la crainte immense d'une revanche des exclus : les Kurdes et surtout les chiites. De plus, la fin de Saddam n'était pas seulement celle d'un régime et d'un gouvernement. C'était aussi celle de l'État irakien fondé en 1920 par les Britanniques et que les élites arabes sunnites considèrent toujours comme leur propriété exclusive. Il convient de rappeler l'hésitation américaine de 2003. Fallait-il recycler les élites politiques et militaires disponibles et reconduire le système politique donnant aux Arabes sunnites l'exclusivité du pouvoir ? Ou bien faire le choix de l'ex-opposition au régime de Saddam Hussein, c'est-à-dire, en clair, les chiites et les Kurdes, les exclus de l'ancien système politique ? Orphelins d'un État qui avait toujours marqué leur horizon, les Arabes sunnites d'Irak se trouvaient dans la situation inédite d'un vide terrifiant : puisqu'il n'y avait plus d'État à investir, vers où se tourner ?

Pourtant, il semble qu'une grande partie des Arabes sunnites d'Irak étaient prêts à faire leur deuil d'un système qui les avait toujours servis, mais dont ils voyaient bien qu'il était arrivé en bout de course. Il y eut quelques semaines d'expectative en mai 2003. Cependant, le cycle infernal des bavures de l'armée d'occupation, suivies de représailles, prit dès juin un nouveau visage : les Arabes sunnites avaient désormais le sentiment de ne pas être représentés dans le processus de reconstruction politique du pays. Ce sentiment s'accrut encore lors de la formation, le 13 juillet 2003, du Conseil de gouvernement provisoire³. Les Arabes sunnites y avaient quatre représentants : Adnan Pachechi, Nassir Chaderchi, tout juste rentré des États-Unis, Ghazi al-Yawer, un des cheikhs des Chammar, et Mohsin Abd al-Hamid, du petit Parti islamique irakien. Aucun ne pouvait se prévaloir d'une réelle représentativité. Le 1^{er} septembre, dans le premier cabinet, un inconnu, Kamal al-Gailani, devenait ministre des Finances. C'était le ministère le plus important que les Arabes sunnites avaient ainsi pour eux. Peu importait, car la communauté arabe sunnite d'Irak était déjà partie à la dérive.

L'entrée en scène d'acteurs extérieurs

Localement, des abcès de fixation se formèrent : Baqouba, Fallouja, Tikrit, Balad, Mossoul où les accrochages se multipliaient. Les provinces d'Al-Anbar et de Salahaddin étaient celles qui avaient le plus perdu avec la chute du régime de Saddam et la dissolution de l'armée. Privés de l'État qu'ils avaient dominé durant près d'un siècle, les Arabes sunnites l'étaient aussi des idéologies nationalistes

3 Voir The Coalition Provisional Authority, Iraqi Governing Council, à l'adresse : http://cpa-iraq.org/government/governing_council.html (dernière visite le 20 décembre 2007).

arabes dont le régime irakien aura été l'un des derniers bastions avant de s'effondrer. Localement, il n'y avait plus que des imams de mosquées qui prirent en main, avec les tribus, des villes et des quartiers. La dissolution de l'armée irakienne avait renvoyé dans leurs foyers des dizaines de milliers d'officiers qui mirent leur savoir-faire au service de la guérilla. La résistance était locale, ce qui en fit la force.

Ce contexte permit l'entrée en scène de nouveaux acteurs extérieurs. Sous le régime de Saddam Hussein, et contrairement aux accusations américaines, le seul lien concret avec Al-Qaïda en Irak fut l'émergence d'*Ansar al-islam* (Partisans de l'islam) au Kurdistan en 2002. *Ansar al-islam* naquit de la fusion de *Jound al-islam* (Soldats de l'islam), une scission du Mouvement islamique du Kurdistan (MIK), avec le groupe armé de Mollah Krekar, ancien responsable militaire du MIK et vétéran d'Afghanistan. L'apparition d'un mouvement fondamentaliste au Kurdistan est liée à la crise du leadership traditionnel tel qu'il s'exprime à travers les deux grands partis kurdes. Ces partis représentent des familles qui puisent aussi leur légitimité dans leur lien avec un soufisme confrérique qui structure la société kurde. Mais l'apparition de mini-États, l'un sous l'égide du Parti démocratique kurde (PDK), l'autre de l'Union patriotique du Kurdistan (UPK), a modifié la donne : désormais, les exclus du système politique kurde n'ont d'autre choix que de se positionner face à des pouvoirs locaux de plus en plus fortement territorialisés. Ce n'est donc pas une guerre entre des partis kurdes « laïques » et religieux respectivement ; c'est plutôt la recomposition violente de sociétés confrontées à des États tribaux en émergence. La brutalité des campagnes de l'UPK contre *Jound al-islam* en 2001 acheva de convaincre nombre de combattants que la paix était impossible avec les milices de Talabani. C'est ainsi que naquit *Ansar al-islam*, dont de nombreux membres étaient partis en Afghanistan en 1999. Lorsqu'ils revinrent en 2002, ils étaient accompagnés par plusieurs centaines de combattants de toutes nationalités, chassés d'Afghanistan par la chute des Talibans. Ils s'installèrent dans les montagnes d'Hawraman, à l'est de Halabja, à cheval sur la frontière avec l'Iran. Au moment où la guerre éclata en 2003, des opérations combinées des forces spéciales américaines et des peshmergas de l'UPK vinrent à bout de ce sanctuaire. Chassés de leur réduit montagnard, les combattants d'*Ansar al-islam* se disséminèrent dans tout le pays. En territoire arabo-sunnite, ils trouvèrent rapidement de nouveaux appuis. Enfin, il y avait ceux que les Irakiens appelaient les « invités du régime » de Saddam Hussein. Aux opposants laïques, de gauche et nationalistes arabes, avaient peu à peu succédé des islamistes pourchassés dans leur pays. Dès 2003, de nombreuses recrues venaient les rejoindre au nom d'un djihad mondial contre les États-Unis.

Le « retour à l'islam » des Arabes sunnites

Le « retour » actuel des Arabes sunnites à l'islam, notamment dans sa version salafiste, avait été précédé par le retour à l'islam de Saddam et de nombreux sunnites, à la faveur de la guerre entre l'Iran et l'Irak et de la guerre

confessionnelle intérieure à l’Irak dont elle fut le prolongement. À ce moment, le Baas n’était plus qu’une coquille vide, mis à mort par Saddam lui-même. De parti transconfessionnel, il s’était transformé en parti sunnite, puis en couverture idéologique pour le clan de Saddam Hussein au pouvoir. Au nom d’une solidarité sunnite, les Frères musulmans apportèrent leur soutien au « laïque » Saddam contre l’Iran islamique de l’ayatollah Rouhollah Khomeini. Saddam s’était métamorphosé pendant la guerre avec l’Iran. Revenant sur ses professions de foi laïques baasistes, le dirigeant irakien avait désormais mis en avant « son » islam en opposition à celui de Khomeini. Saddam s’affichait croyant, déployant une généalogie qui le faisait descendre du Prophète, ajoutant *Allahu akbar* aux couleurs du nationalisme arabe qu’arborait le drapeau irakien et multipliant les gestes dans le sens d’une réislamisation de la société (interdiction de l’alcool dans les lieux publics, décret revenant sur certains droits acquis par les femmes).

L’évolution de la communauté arabe sunnite, comme celle de Saddam Hussein dans les années 1980, appelle une question : ne voit-on pas se refermer une parenthèse de près d’un siècle au cours duquel les idéologies laïcisantes ont été dominantes au sein de cette communauté ? De la même façon que Sati al-Housri (1880-1969), le théoricien de l’arabisme, était passé sans coup férir de l’ottomanisme au nationalisme arabe dans les années 1910, Saddam Hussein n’est-il pas passé du baassisme laïque à un islam de plus en plus revendiqué ? On aurait là la manifestation d’une permanence en Irak : pour échapper à leur statut minoritaire, les élites arabo-sunnites de ce pays se sont toujours référées aux idéologies dominantes dans un monde arabe majoritairement sunnite. En troquant leur nationalisme arabe pour l’islam, les Arabes sunnites d’Irak manifestent une mise en conformité tardive avec les autres pays arabes. Lorsque le nationalisme arabe était à son zénith, il était leur référence. Aujourd’hui qu’un islam fondamentaliste a pris la suite, les Arabo-sunnites irakiens ne font finalement que poursuivre une attitude qui a toujours été la leur en se référant désormais à l’islam. Dans le contexte irakien, la « conversion » des Arabes sunnites à l’islam est aussi le résultat de la montée de la tension confessionnelle. Pendant longtemps, mouvement islamique avait rimé en Irak avec le seul chiisme. Désormais, il y aura deux mouvements islamistes en guerre l’un contre l’autre.

La guérilla sunnite et l’islam

La guérilla sunnite désigne la résistance armée de divers groupes (baasistes, nationalistes, sunnites anti-chiites, islamistes sunnites ou salafistes d’*Ansar al-islam*, combattants étrangers liés à Al-Qaïda, gangs criminels). Cette guérilla s’est manifestée contre l’occupation américaine et le processus politique en cours, avec une dimension de plus en plus confessionnelle. « Résistance irakienne », comme elle se nomme elle-même, ou « forces anti-irakiennes », comme le gouvernement à majorité chiite et les Américains la qualifient, elle utilise

toutes les possibilités d'action à sa disposition : attentats, embuscades, snipers, roquettes, sabotages, attaques d'avion, kamikazes, assassinats, kidnappings, décapitations. Un rapport de 140 pages de *Human Rights Watch* dénonce les nombreuses violations des droits de l'homme dont elle s'est rendue coupable⁴. Les Américains accusent la Syrie, l'Iran et certaines organisations non gouvernementales islamiques de lui apporter un soutien logistique.

D'une résistance irakienne à une résistance islamique et confessionnelle

Au sein de ce mouvement insurgé, les baasistes ont vite été éclipsés par les islamistes. On a toutefois vu se poursuivre l'action des ex-Fedayin de Saddam, à Bagdad (au nord et à l'ouest de la capitale), de l'ex-Garde républicaine et des anciens services de renseignements baasistes. Le 13 janvier 2007, le ministre de l'Intérieur, chiite, émettait une mise en garde contre le Parti du retour (*Hizb al-Aouda*), résurgence de l'ancien Baas, après l'exécution de Saddam et de Barzan. Izzat Ibrahim al-Douri, le dernier dignitaire du régime déchu encore en fuite et présumé réfugié en Syrie, en serait l'inspirateur.

La plupart des anciens baasistes, cependant, se sont « convertis » à l'islam. C'est-à-dire que, tout en conservant leurs structures, ils ont adopté un discours religieux, d'autant plus facilement que Saddam Hussein avait inauguré cette réislamisation dès le début des années 1980 à la faveur de la guerre contre l'Iran. On peut les qualifier d'islamo-sunnites, dans la mesure où leur discours est d'abord confessionnel, marqué par un anti-chiisme virulent. Dans cette mouvance, on peut citer *Djaish al-Taïfa al-Mansoura* (l'Armée de la confession victorieuse), *Saraya al-Djihad* (la Brigade du djihad), *Kataib al-Ghouraba* (les Brigades des exilés), *Kataib al-Ahwal* (les Brigades de l'apocalypse), les Brigades de soutien au monothéisme, *Djaish Mohammed* (l'Armée de Mohammed) et *Djaish al-Rafidain* (l'Armée de Mésopotamie). Il faut y ajouter l'Armée islamique en Irak, qui rassemble également des ex-baasistes. Ce groupe, proche des Frères musulmans mais pas salafiste, avait au début un discours similaire à Al-Qaïda, avant de s'en différencier à partir d'une approche irakienne du conflit, en contradiction avec la vision internationaliste des « combattants étrangers ». Ismaïl al-Joubouri, l'un de ses chefs, dit qu'il accueille tous les Irakiens sans distinction. L'Armée islamique en Irak, responsable de nombreux enlèvements, notamment des journalistes français Malbrunot et Chesneau, a exécuté certains de ses otages. Elle a appelé à voter contre la Constitution.

La mouvance islamiste sunnite regroupe les Brigades de la Révolution de 1920, proches du clergé sunnite, ainsi que d'autres groupes tels que *Al-Raya al-Soda* (le Drapeau noir). Le Comité des Oulémas, dirigé par Harith al-Dari, bien implanté dans la province d'Al-Anbar, est leur référence religieuse, même si cette organisation n'appelle pas à la lutte armée.

4 Human Rights Watch, « Irak : Des groupes d'insurgés responsables de crimes de guerre », <http://hrw.org/french/docs/2005/10/03/iraq11806.htm>, au sujet du rapport intitulé *A Face and a Name: Civilian Victims of Insurgent Groups in Iraq*, publié le 3 octobre 2005 (anglais), <http://hrw.org/reports/2005/iraq1005/>

Enfin, il y a la mouvance djihadiste liée à Al-Qaïda. Le *Majlis Choura al-Moudjahidine* (Conseil consultatif des moudjahidin), créé le 15 janvier 2006, s’est transformé en « État islamique en Irak » en octobre 2006. C’est une ombrelle de six organisations. Al-Qaïda en Irak y côtoie *Djaish Ansar al-Sunna* (l’Armée des partisans de la Sunna). Cette dernière organisation, bien implantée dans le nord et le centre de l’Irak, inclut des Kurdes et a des liens directs avec les « combattants étrangers », Al-Qaïda, et avec ce qui reste du groupe kurde *Ansar al-islam*, qui dominait à Halabja avant d’en être délogé par les milices de l’Union patriotique du Kurdistan de Talabani. C’est l’un des trois groupes à avoir kidnappé des étrangers et à les avoir décapités devant une caméra vidéo. À Fallouja, Omar Hadid, un Irakien lié à l’islamisme international, représentait localement Al-Qaïda, avant d’être éliminé par les tribus ralliées au Conseil du salut d’Al-Anbar en 2007.

Rappelons que les islamistes sunnites sont également représentés au gouvernement : le Front de la concorde, créé le 20 octobre 2005 pour les élections, regroupe le Conseil général du peuple d’Irak d’Adnan al-Doulaimi, le Parti islamique irakien de Tareq al-Hachemi, vice-président qui a succédé à Mohsin Abd al-Hamid en 2004 (il a appelé à voter non à la Constitution, avant de s’y rallier), bien implanté à Mossoul, et le Conseil pour le dialogue national irakien de Khalaf al-Oulayyan. Ce Front a remporté 44 sièges sur 275, avec 15,1 % des voix⁵.

Localisme avant tout

Qu’est-ce qui distingue les insurgés sunnites entre eux ? Le Baas, parti-État unique, a cessé d’exister, mais a maintenu des réseaux de solidarité. Ces réseaux se sont mis au service de la « résistance » en utilisant un vocabulaire islamique. Peut-on distinguer la résistance baasiste de la résistance islamique ? L’Armée islamique en Irak n’est-elle qu’un prête-nom pour les baasistes ?

En fait, tous sont d’anciens baasistes, ce qui explique la permanence d’un vocabulaire baasiste (unité arabe, etc.). Mais le recours à l’islam n’est pas opportuniste. Il illustre la conversion à l’islam d’élites autrefois sécularisées et laïques, un phénomène qui n’est d’ailleurs pas propre aux sunnites. C’est l’implantation locale qui est le premier critère de différenciation. La « résistance » serait ainsi plus islamique à Al-Anbar et Diyala, baasiste à Salahaddin (Tikrit) et Mossoul.

Cependant, un autre clivage a pris une importance croissante : la contradiction évidente entre le projet internationaliste d’Al-Qaïda en Irak et celui, irakien, des insurgés sunnites. Un schisme s’est opéré entre les insurgés irakiens et les « combattants étrangers » : le terrorisme anti-chiite indifférencié contre des civils, l’imposition de normes islamiques et, surtout, le sang versé contre des membres de tribus réfractaires aux ordres d’Al-Qaïda ont créé un ressentiment généralisé. La déclaration de Zarqaoui jetant l’anathème contre

5 Pour les résultats, voir note 1.

les chiites, diffusée ensuite le 14 septembre 2005 par un message vocal sur un site djihadiste – « en représailles, disait-il, aux massacres de Tell Afar⁶ » – s’est accompagnée d’attentats meurtriers contre les chiites. Premiers signes de fracture, en décembre 2005, les insurgés sunnites irakiens prévenaient Al-Qaïda de ne pas attaquer les bureaux de vote lors des élections. Au début de 2006, Zarqaoui s’enfuit à Diyala où il fut tué en juin de la même année. Les tribus commencèrent à combattre Al-Qaïda en 2006 à Fallouja, de même qu’à Al-Qaim près de la frontière syrienne. En liaison avec les tribus, les réseaux des ex-baasistes se mobilisèrent contre Al-Qaïda à Al-Anbar. Les Américains intervinrent alors pour utiliser cette fracture à leur profit : c’est la politique des mouvements de réveil (*Harakat as-sahwa...*) et de salut (*Harakat al-inqad...*) d’Al-Anbar, puis des quartiers sunnites de Bagdad, de Salahaddin, et enfin de Diyala. Partout, la logique est la même : puisque les Américains n’ont pas la capacité de contrôler les zones sunnites, pourquoi ne pas donner le pouvoir aux milices tribales sunnites en leur fournissant toute la logistique nécessaire pour éliminer Al-Qaïda de leur zone ? La nouvelle stratégie américaine envers les arabes sunnites s’est avérée payante à court terme : Al-Qaïda se voit repoussée des zones les plus peuplées et la violence diminue sensiblement. Le discours des cheikhs tribaux ralliés se veut davantage nationaliste irakien qu’islamiste. Mais on sait que le recours au tribalisme n’a jamais pu sauver un système politique en Irak : pas plus à l’époque ottomane qu’à celle du mandat britannique, les tribus n’ont été porteuses d’un projet politique, et leur propension à des retournements multiples est proverbiale.

Conclusion

En conclusion, on constate que, dans le contexte général de réislamisation des sociétés arabes, l’Irak a une position exceptionnelle du fait de l’occupation américaine et de l’absence d’un État viable. La reconstruction communautariste tentée sous l’égide américaine a suscité un repli communautaire généralisé où l’islam joue un rôle essentiel. L’implosion de la société irakienne a attribué aux acteurs locaux une importance inédite, illustrée, en milieu chiite, par la multiplication des allégeances (Conseil suprême islamique d’Irak ou CSII, parti *Dawa*, mouvance sadriste – elle-même divisée en partisans de Moqtada, Parti de la vertu et d’autres encore) et, en milieu sunnite, par les nombreux groupes de guérilla dont l’implantation est d’abord locale. Les identités confessionnelles ont été exacerbées, d’autant plus qu’elles jouent sur des registres largement sécularisés par des années d’une vie politique dominée dans une certaine mesure par des partis laïques ou laïcisants (Parti communiste irakien, Baas). De nombreuses élites sont sécularisées, à l’image du vice-président chiite irakien, Adel Abdoul-Mahdi : aujourd’hui représentant du Conseil suprême islamique d’Irak, proche de Téhéran, c’est un ancien nationaliste arabe, converti

6 Tell Afar a été décrit comme un « bastion d’Al-Qaïda » dirigé par Abou Moussab al-Zarqaoui.

au marxisme, puis à l'islamisme. Or, il semble bien qu'un islam sécularisé, à vocation d'abord identitaire et devenu imperméable à toute éthique religieuse, est susceptible d'alimenter des affrontements d'autant plus inexpiables que chacun a l'impression de lutter pour sa survie en tant que membre de sa communauté.

Justice en suspens : responsabilisation et reconstruction sociale en Irak

**Eric Stover, Miranda Sissons, Phuong Pham
et Patrick Vinck***

Eric Stover est le directeur de la faculté du Centre des droits de l'homme et professeur auxiliaire de droit et de santé publique à l'Université de Californie, Berkeley. Miranda Sissons est directrice adjointe, Moyen-Orient, du Centre international pour la justice transitionnelle (CIJT). Phuong Pham est professeur et chercheur associé au Centre Payson de développement international de l'Université de Tulane, et chercheur émérite au Centre des droits de l'homme de l'Université de Californie, Berkeley. Patrick Vinck est directeur du projet *Berkeley-Tulane Initiative on Vulnerable Populations*.

Résumé

Ayant envahi l'Irak sans l'autorisation du Conseil de Sécurité des Nations Unies, les États-Unis ne sont pas parvenus à convaincre beaucoup de pays de jouer un rôle actif pour aider l'Irak à surmonter son passé violent. Répétant à l'envi qu'ils « se débrouilleraient tout seuls », les États-Unis ont mis en œuvre des mesures de responsabilisation sans vraiment consulter le peuple irakien. Ils n'ont pas non plus demandé l'aide des Nations Unies et des organisations internationales des droits de l'homme, qui ont des connaissances étendues et une expérience approfondie d'un large éventail de mécanismes de justice transitionnelle. Finalement, les mesures de responsabilisation introduites par les Américains se sont soit retournées contre eux, soit étaient désespérément déficientes. Ce dont l'Irak a besoin, c'est d'un environnement sûr et d'une autorité légitime pour mettre en place une stratégie globale de justice transitionnelle qui reflète les besoins et les priorités de la majorité des Irakiens. Une telle stratégie devrait comprendre diverses mesures, notamment des poursuites judiciaires, des réparations, une approche sensée de l'assainissement, des mécanismes de recherche de la vérité et une réforme institutionnelle.

⋮⋮⋮⋮⋮

* Original anglais, publié sous le titre « Justice on hold: accountability and social reconstruction in Iraq », *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N° 869, mars 2008, pp. 5-28.

À l'aube du 30 décembre 2006, quatre bourreaux, le visage recouvert d'une cagoule, escortèrent Saddam Hussein à la potence. En même temps, un homme planté au milieu d'un groupe de témoins officiels sortit tranquillement un téléphone mobile de sa poche et le dirigea vers le dirigeant condamné. Ce qui se passa ensuite dans la semi-obscurité de la pièce rappelait plus une pendaison publique au XVIII^e siècle qu'un acte réfléchi de la justice au XXI^e siècle. Au moment où l'un des bourreaux de Hussein posa une corde sur ses épaules et la resserra autour de son cou, un groupe de spectateurs se mit à crier des insultes. Un homme psalmodiait la version chiite d'une prière musulmane, de toute évidence une pique sectaire visant le Sunnite Hussein. « Va en enfer ! » cria une autre voix dans l'obscurité. Puis, lorsque Saddam commença à prier, la trappe s'ouvrit soudainement et son corps y disparut.

Au cours de la journée, la vidéo de l'exécution de Saddam Hussein fut montrée à plusieurs reprises à la télévision irakienne. Et, comme le soulignèrent de nombreux journalistes, les fortes connotations sectaires de la vidéo inquiétèrent de nombreux Irakiens – Sunnites comme Chiïtes – qui craignaient qu'elles ne fassent qu'attiser la violence faisant déjà rage autour d'eux¹. Tout aussi préoccupant, selon eux, était le sentiment de *déjà vu* suscité par l'exécution². Au cours des 35 ans du règne de Saddam, des prisonniers – dont bon nombre furent exécutés sur la même potence – étaient régulièrement la cible de railleries et de mauvais traitements pendant les dernières heures de leur vie. Pour de nombreux Irakiens, c'était comme si rien n'avait changé.

L'exécution de Saddam fut le moment le plus ignoble d'un effort totalement inadéquat entrepris par l'administration Bush pour apporter la justice au peuple irakien. Le projet commença peu après que la coalition dirigée par les États-Unis eut fait son entrée retentissante dans Bagdad en avril 2003. En tant que puissance occupante, les États-Unis devaient sécuriser une ville tentaculaire, étouffer une insurrection grandissante et accorder une attention immédiate à de nombreux besoins dans les domaines des infrastructures, de la santé publique et de la sécurité. Dans le même ordre d'idées, l'administration Bush avait déclaré vouloir, en priorité, unir les Irakiens et leur rendre leur dignité. C'était de nobles promesses – des promesses auxquelles adhérèrent de nombreux Irakiens dans tout le pays, mais aussi à l'extérieur.

Toutefois, ces espoirs naïfs ne tardèrent pas à être brisés, lorsque les troupes américaines, surpassées en nombre et mal préparées, assistèrent impuissantes au pillage et au sabotage systématiques d'une bonne partie des infrastructures matérielles, économiques et institutionnelles restantes³. Puis, le printemps cédant la place à l'été, l'espoir qu'un nouvel Irak uni renaisse des décombres fut étouffé par une insurrection naissante menée par des partisans de Saddam et des combattants étrangers qui plongea le pays pour de longues années dans un véritable borbier en matière de sécurité.

1 Voir John Simpson, « Saddam hanging taunts evoke ugly past », *BBC News*, Bagdad, 30 novembre 2006.

2 Voir John Burns, « Hussein videos grip Iraq: Attacks go on », *New York Times*, 31 décembre 2006.

3 Larry Diamond, « What went wrong in Iraq », *Foreign Affairs*, Vol. 83, 2004, p. 34.

C'est au milieu de ce chaos grandissant qu'arriva L. Paul Bremer III, diplomate de carrière au Département d'État américain et expert en terrorisme et sécurité nationale, pour occuper la fonction d'administrateur en chef de l'Autorité provisoire de la Coalition (APC). Au cours des premiers mois de son mandat, Bremer émit plusieurs ordres qui devaient définir dans les grandes lignes comment les Irakiens allaient faire face, au cours des années suivantes, à l'héritage des crimes passés⁴. L'élément le plus frappant (et le plus controversé) fut le lancement du programme de « débaasification » le 16 mai 2003, en vertu duquel l'armée et les autres forces de sécurité furent dissoutes, des membres de certains rangs du parti baasiste furent démis de leur fonction et se virent interdire tout emploi futur dans le secteur public. Un décret ultérieur, émis le 10 décembre 2003, créa le Tribunal spécial irakien pour les crimes contre l'humanité⁵ dans le but de poursuivre les ressortissants irakiens ou les personnes résidant en Irak accusés de génocide⁶, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre. Bremer mit également en place une série de directives administratives et institutionnelles, créant notamment une commission des litiges fonciers et immobiliers, un tribunal pénal central, un groupe spécial sur l'indemnisation des victimes et un nouveau corps d'armée et de défense civile irakien.

Les trois années suivantes, les directives de Bremer furent promulguées alors que la violence et l'état de non-droit s'étendaient en Irak. Vers la fin 2006, les attentats suicides étaient devenus presque quotidiens, les actes de violence sectaire se multipliaient, et bien peu d'Irakiens voyaient encore l'avenir avec optimisme. Lors d'un sondage effectué par la BBC en janvier 2007, 82 % des Irakiens interrogés déclarèrent n'avoir aucune confiance, ou une confiance très limitée, dans l'occupation américaine. Plus de la moitié (53 %) dirent avoir perdu confiance en leur propre gouvernement, élu selon une nouvelle constitution fin 2005. À la question de savoir si l'exécution de Saddam Hussein contribuait à la réconciliation en Irak, 62 % des Chiïtes pensaient que oui, alors que 96 % des Sunnites estimaient qu'elle la rendrait encore plus difficile⁷.

Cet article étudie comment l'occupation américaine et le gouvernement irakien ont élaboré les mécanismes de justice transitionnelle en Irak et comment l'homme de la rue a perçu ces processus. Nous donnons un aperçu historique des poursuites pour

4 Les ordres de l'Autorité provisoire de la Coalition sont disponibles sur : http://www.cpa-iraq.org/government/governing_council.html (consulté pour la dernière fois le 20 novembre 2007). Plusieurs ordres concernent des mesures de justice transitionnelle, notamment: Coalition Provision Authority Order N° 1, « De-Ba'athification of Iraqi Society », CPA/ORD/16 May 2003/01; Coalition Provision Authority Order N° 2, « Dissolution of Entities », CPA/ORD/23 May 2003/02; Coalition Provision Authority Order N° 7, « Penal Code », CPA/ORD/10 June 2003/07; Coalition Provision Authority Order N° 13 (Revised), « The Central Criminal Court of Iraq », CPA/ORD/18 June 2003/13; Coalition Provision Authority Order N° 15, « Establishment of the Judicial Review Committee », CPA/ORD/23 June 2003/15; Coalition Provision Authority Order N° 35, « Re-establishment of the Council of Judges », CPA/ORD/21 Sept 2003/35.

5 La juridiction du Tribunal spécial irakien couvre les crimes mentionnés ci-dessus, ainsi que les violations de lois irakiennes stipulées commises entre le 17 juillet 1968 et le 1^{er} mai 2003. CPA Order N° 48, « Delegation of Authority Regarding an Iraqi Special Tribunal », available at : www.iraqcoalition.org/regulations/20031210_CPAORD_48_IST_and_Appendix_A.pdf (consulté pour la dernière fois le 20 novembre 2007).

6 Au début de 1959, le gouvernement irakien, une dictature militaire, a signé la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. Voir la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, adoptée le 9 décembre 1948, ... (entrée en vigueur le 12 janvier 1951, entrée en vigueur pour les États-Unis le 23 février 1989).

7 « Iraq poll 2007 », *BBC News*, 19 mars 2007, p. 2.

violations des droits de l'homme, des efforts déployés pour purger le gouvernement irakien de ses mauvais éléments, ainsi que des nouveaux mécanismes de recherche de la vérité et de réparation. Notre recherche comprend des interviews de fonctionnaires irakiens, américains et britanniques, de médecins légistes, ainsi que de représentants des Nations Unies et d'organisations non gouvernementales, réalisées depuis 2003. L'un des auteurs de cet article (Sissons) a suivi de près le processus de débaasification et les événements au Haut Tribunal irakien au cours de cinq missions à Bagdad, de 2004 à 2007. Un autre (Stover) a accompagné des troupes kurdes à Kirkouk pendant les premiers jours de la guerre, puis est retourné en Irak pour se rendre sur les sites de fosses communes et pour interviewer des représentants des institutions gouvernementales et non gouvernementales irakiennes qui possédaient des documents relatifs à des violations présumées des droits de l'homme obtenus pendant et après la guerre⁸. Enfin, deux auteurs (Pham et Vinck) ont effectué une étude qualitative complète en juillet et août 2003 pour comprendre comment les Irakiens souhaitaient surmonter leur héritage de violations des droits de l'homme et de violence politique⁹.

Mécanismes de justice transitionnelle

Les sociétés qui sortent d'une période de guerre ou de répression politique peuvent gérer leur passé de diverses façons. Elles peuvent ignorer ce legs fait de conflits et de violations généralisées des droits de l'homme et du droit international humanitaire en passant des lois d'amnistie gracieux les criminels. Ou elles peuvent affronter ces derniers en face en les livrant à la justice pénale, en créant des commissions de vérité et en lançant des programmes d'assainissement et de filtrage afin d'écarter du secteur public les auteurs d'exactions. Elles peuvent également faire en sorte que les victimes obtiennent réparation et excuses, ériger des monuments commémoratifs, rechercher et identifier les corps des personnes disparues, rendre les biens volés, organiser des journées de deuil et du souvenir, réformer les manuels d'histoire, entreprendre des réformes juridiques et institutionnelles pour se mettre en conformité avec les normes internationales des droits de l'homme, et adopter des lois pour corriger les injustices en matière de répartition qui sont souvent à l'origine des conflits.

Toutes ces activités comportent les ingrédients principaux de la « justice transitionnelle », qui peut être définie comme un « ensemble de pratiques, de mécanismes et d'enjeux qui apparaissent à la suite d'une période de conflit, de violence civile ou de répression et dont le but direct est d'affronter et de surmonter les violations passées des droits humains et du droit humanitaire¹ » (traduction CICR).

Nos travaux ont révélé que pour être efficaces dans des sociétés sortant de la guerre, les mécanismes de justice transitionnelle doivent remplir six conditions².

Premièrement, de telles mesures ne peuvent s'appliquer pleinement que dans un environnement sûr. Dans la période suivant une guerre ou une situation

8 Voir par exemple Eric Stover, William D. Haglund, and Margaret Samuels, « Exhumation of mass graves in Iraq: Considerations for forensic investigators, humanitarian needs, and the demands of justice », *Journal of the American Medical Association*, Vol. 290, 6 août 2003, pp. 663-666.

9 *Iraqi Voices: Attitudes toward Transitional Justice and Social Reconstruction*, Human Rights Center, University of California, Berkeley, and ICTJ, mai 2004.

de violence politique généralisée, la sécurité est l'élément prédominant : c'est le socle central sur lequel tout le reste repose. Sans un certain degré de sécurité, les témoins ne peuvent pas être transportés au tribunal sans risque, les victimes ne peuvent pas raconter leur histoire en public et les enquêteurs ne peuvent pas rassembler et conserver des preuves sans être en danger.

Deuxièmement, il est impératif qu'une grande partie de la population considère les autorités d'application comme légitimes et impartiales. C'est une condition nécessaire dans toute situation d'après-guerre, mais elle est encore plus importante à la suite d'un conflit interethnique ou lorsque l'autorité au pouvoir est une puissance occupante³.

Troisièmement, les nouvelles autorités doivent avoir la volonté politique et la capacité de laisser assez de temps aux mesures de justice transitionnelle pour qu'elles puissent produire les effets escomptés.

Quatrièmement, elles doivent mettre ces mécanismes en œuvre de manière à ne pas causer de culpabilité collective.

Cinquièmement, et c'est le point le plus important, les mesures de justice transitionnelle sont le plus efficaces lorsque leur choix résulte d'un véritable processus de consultation des personnes les plus touchées par la violence. Dans toute la mesure du possible, tous les secteurs d'une société ravagée par la guerre – les individus, la communauté, la société et l'État – devraient devenir des *participants engagés* et non seulement des auxiliaires dans ce processus de justice transitionnelle et de reconstruction sociale, mais sans doute à des moments différents et d'une manière différente. Il faut que les graves injustices et les pertes subies par les victimes fassent l'objet d'une reconnaissance formelle. Les familles des personnes portées disparues doivent pouvoir récupérer, ensevelir et commémorer leurs morts. Les « spectateurs » – ceux qui n'ont pas pris une part active aux actes de violence, mais qui ne sont pas non plus intervenus activement pour faire cesser les abus – devraient arriver à reconnaître que leur passivité a contribué au maintien d'un état de répression. Les auteurs de crimes doivent répondre de leurs actes afin d'attester de la douleur et des souffrances des victimes et de montrer publiquement que les horreurs passées méritent une condamnation sociale.

Enfin, les mécanismes de justice transitionnelle sont plus efficaces s'ils sont mis en œuvre parallèlement à des programmes visant à promouvoir la reconstruction politique, économique et sociale, la liberté de mouvement, le respect du droit, l'accès à des informations exactes et impartiales et la réforme de l'éducation⁴.

- 1 Naomi Roht-Arriaza, « The new landscape of transitional justice », in Naomi Roht-Arriaza and Javier Mariezcurrena (eds.), *Transitional Justice in the Twenty-First Century: Beyond Truth versus Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 2.
- 2 Voir Eric Stover, Hanny Megally, and Hania Mufti, « Bremer's 'Gordian knot': Transitional justice and the US occupation of Iraq », *Human Rights Quarterly*, Vol. 27, 2005, pp. 830-857.
- 3 Voir par exemple John W. Dower, *Embracing Defeat: Japan in the Wake of World War II*, W. W. Norton and Company, New York, 1999.
- 4 C'est le résultat d'une étude de cinq ans sur la justice et la reconstruction sociale au Rwanda et dans l'ex-Yougoslavie réalisée par le Centre des droits de l'homme de l'Université de Californie, Berkeley. Voir Eric Stover and Harvey M. Weinstein, « Conclusion: A common objective, a universe of alternatives », in Eric Stover and Harvey M. Weinstein (eds.), *My Neighbor, My Enemy: Justice and Community in the Aftermath of Mass Atrocity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 323-342.

Crimes du passé, perspectives d'avenir

La confrontation de l'Irak avec son passé violent est l'un des cas les plus complexes que nous ayons connus depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale. Les efforts pour mettre en place une justice transitionnelle se sont heurtés à de nombreuses difficultés dès le départ. Premièrement, à cause de l'ampleur et de la gravité mêmes des crimes que Hussein et ses acolytes baasistes ont commis contre le peuple irakien pendant 35 ans. La violence était un outil de la politique étatique, et elle était utilisée contre toutes les menaces supposées ou avérées. Le régime a exécuté des milliers d'opposants, a fait disparaître plus de 300 000 personnes qui sont vraisemblablement mortes, a écrasé toute velléité de dissidence et a déplacé plus d'un million d'Irakiens ou les a contraints à l'exil. Entre 1977 et 1987, les troupes irakiennes ont détruit près de 5000 villages kurdes et tué des milliers de civils kurdes dans le cadre de la politique baasiste d'arabisation et d'une série de campagnes sanglantes de pacification. Ces dernières comprenaient des disparitions forcées en masse et des bombardements aveugles, ainsi que l'utilisation d'armes chimiques dès 1987. Au cours de la campagne « Anfal » (« butin » en arabe), entre février et septembre 1988, les troupes irakiennes ont pris d'assaut les régions montagneuses du Kurdistan irakien et ont gazé ou exécuté par d'autres moyens plus de 100 000 Kurdes, puis elles ont déplacé les survivants par la force dans des zones sous contrôle gouvernemental¹⁰. Dans le sud de l'Irak, on estime que Saddam a expulsé un demi-million de Chiites vers l'Iran de peur qu'ils ne soutiennent ce pays au cours de la guerre Iran-Irak (1980-1988) ; plus tard, il a exécuté ou fait disparaître quelque 70 000 civils à la suite d'un soulèvement avorté, après la fin de la Guerre du Golfe de 1991. On suppose que la plupart des disparus sont enterrés dans des dizaines de fosses communes réparties dans tout le pays, certaines contenant des milliers de victimes¹¹.

Deuxièmement, des décennies de répression ont brisé l'identité individuelle et l'identité collective des Irakiens. Le climat de terreur a détruit la confiance à tous les niveaux de la société. Ayant vécu sous un régime autocratique qui a imposé une identité irakienne unique pendant des dizaines d'années, à la fin de la guerre de 2003, de nombreux Irakiens se sont retrouvés déchirés entre l'identité civique imposée par l'État et leur propre identité ethnique et religieuse. Au cours des interviews que nous avons réalisées en 2003, des Kurdes, des Turcomans et des chrétiens assyriens ont déclaré que l'État baasiste avait promu une identité arabe qui engendrait une discrimination ouverte contre les non-Arabes. Entre-temps, de nombreux Sunnites interrogés craignaient qu'un nouveau gouvernement irakien, en particulier s'il comprenait une majorité écrasante de Chiites ou de Kurdes, ne s'en prenne aux Sunnites en faisant d'eux

10 Les chiffres peuvent varier considérablement, les autorités kurdes et les procureurs irakiens avançant le chiffre de 180 000 morts.

11 Voir par exemple *Iraq's Crimes of Genocide: The Anfal Campaign against the Kurds*, Human Rights Watch/Middle East, New Haven, 1995.

un bouc émissaire pour les crimes passés. En dépit de ces préoccupations, de nombreuses personnes interrogées nous ont dit qu'en Irak « l'unité existe » et ont accusé la dictature d'avoir semé la discorde pour régner. Elles ont affirmé – peut-être en péchant par optimisme – que ces divisions diminueraient avec la fin du régime.

Troisièmement, l'invasion américaine et l'occupation de l'Irak s'inscrivaient dans un contexte politique qui a eu un impact décisif sur les efforts de responsabilisation. À la suite de l'invasion, il est apparu rapidement que les occupants n'avaient pas les connaissances linguistiques, culturelles et régionales nécessaires pour comprendre la politique et la société irakiennes. Avec plus de 100 000 soldats sur le terrain, ils n'étaient pas non plus reconnus comme autorité légitime et impartiale. En raison de leur statut d'occupants et de leur manque de connaissances, les dirigeants de la Coalition, malgré leurs bonnes intentions, n'étaient vraiment pas le groupe d'acteurs approprié pour lancer un processus efficace de justice transitionnelle. Ils ne pouvaient pas non plus inciter les Irakiens à s'approprier ce processus et à avoir une approche impartiale, comme l'exigeait un tel effort. Effectivement, lorsque Bremer est arrivé pour diriger l'APC, l'insécurité régnant à Bagdad avait fait de l'occupation américaine un bunker physique et psychologique. Comme l'écrit un ancien conseiller de la Coalition : « séparés des Irakiens par une barrière de sécurité redoutable érigée autour des 5 km² de la « zone verte » (base de l'APC) et des sièges régionaux et provinciaux de l'APC, les civils américains n'avaient que peu ou pas de contact avec la population irakienne¹² » (traduction CICR).

Quatrièmement, des décennies de règne autocratique en Irak ont rendu ce pays incapable d'élaborer et de mettre en œuvre des lois et des politiques, et à plus forte raison un processus aussi complexe et exigeant en ressources que la justice transitionnelle. En outre, les Irakiens se méfiaient particulièrement du système juridique, qu'ils estimaient corrompu et sous l'emprise de la politique. En même temps, les occupants américains se reposaient grandement sur les conseils des Irakiens en exil, dont beaucoup ne disposaient ni d'une connaissance sérieuse du contexte local, ni de réseaux sociaux ou de compétences techniques.

Enfin, des tensions latentes entre les États-Unis et les Nations Unies au sujet de la légalité et de la nécessité de la guerre ont sérieusement limité la participation d'experts étrangers au processus de justice transitionnelle en Irak. En faisant cavalier seul, les États-Unis se sont aliéné de nombreux organismes, gouvernementaux ou autres, qui étaient justement les mieux placés pour transmettre aux Irakiens les leçons ou les meilleures pratiques tirées de processus transitionnels semblables ayant eu lieu dans d'autres pays. De ce fait, des experts, et en particulier ceux qui travaillaient pour des ONG ou pour l'ONU, ont été mis sur la touche et ont observé ou émis des critiques de l'extérieur.

En dépit de ces redoutables obstacles, les représentants de la Coalition à Bagdad ont lancé rapidement plusieurs projets de justice transitionnelle, dont

12 Diamond, *op.cit.* (note 3), p. 39.

un programme de « débaasification », la création d'un tribunal et celle d'un groupe spécial chargé d'élaborer une politique de réparation pour les crimes commis. Ils ont également envisagé diverses options pour établir la vérité, notamment une commission de vérité, mais ont finalement décidé de ne pas adopter de mesures concrètes dans ce sens. Chacune de ces démarches initiales a eu des conséquences pratiques et politiques importantes.

Poursuites

Au cours des années 1990, Human Rights Watch et d'autres organisations internationales des droits de l'homme tentèrent sans succès de persuader les Nations Unies et les gouvernements de mettre sur pied un tribunal international afin de poursuivre Saddam Hussein et d'autres dirigeants irakiens pour crimes contre l'humanité et crimes de guerre. Puis, au cours des mois précédant l'invasion de l'Irak dirigée par les États-Unis, l'administration Bush commença à invoquer le bilan de Hussein dans le domaine des droits de l'homme comme justification subsidiaire de son offensive. En septembre 2002, un groupe de dirigeants d'agences américaines décida que si un tribunal devait être créé, il devait l'être par des Irakiens, une politique annoncée peu avant la chute de Bagdad¹³.

Cette annonce suscita un grand malaise au niveau international, car cette décision avait été prise sans consulter les Irakiens au pays ou les experts internationaux, et sans connaître les conditions judiciaires prévalant sur le terrain. Comme l'écrivait Human Rights Watch en juillet 2003 :

« Le système judiciaire irakien, affaibli et compromis pas des décennies de règne baasiste, manque de la capacité, de l'expérience et de l'indépendance nécessaires pour juger de manière équitable les exactions du passé. Rares sont les juges irakiens, même parmi ceux qui ont fui le pays, qui ont participé à des procès aussi complexes que ceux qu'ils devraient mener en poursuivant les dirigeants pour des actes de génocide, des crimes contre l'humanité ou des crimes de guerre¹⁴ » (traduction CICR).

De nombreux observateurs soupçonnaient que cette décision avait été conçue pour servir les intérêts politiques américains plutôt que ceux d'un solide mécanisme de responsabilisation¹⁵.

Étrangers aux préoccupations internationales, les planificateurs de la Coalition œuvraient à appliquer la politique de Washington, remplissant les

13 Personal communication (Sissons), US government officials. US Department of Defense Briefing, « Geneva Convention, EPWs and War Crimes », Washington, D.C., 7 April 2003.

14 Communiqué de presse : « Iraq: Justice needs international role », Human Rights Watch, 15 juillet 2003.

15 Ces soupçons concernaient : le désir des États-Unis était de s'assurer que le tribunal n'analyserait pas de trop près la politique américaine de soutien à l'Irak dans les années 1980, notamment au moment de la campagne Anfal ; la volonté d'écarter le risque que des violations éventuelles du droit international humanitaire par les forces armées américaines puissent relever de la juridiction du tribunal ; certaines positions politiques des États-Unis, qui s'opposaient à la Cour pénale internationale et conservaient la peine de mort.

centres de détention de la Coalition de fonctionnaires du régime et d'autres auteurs présumés de violations des droits humains. En juillet 2003, le Conseil de gouvernement irakien nouvellement formé, travaillant en tandem avec les experts de la Coalition, établit une commission judiciaire de quatre personnes chargées de concevoir un mécanisme judiciaire national pour juger Saddam Hussein et d'autres responsables présumés des crimes commis¹⁶. Ce fut un processus opaque et difficile. Les membres de la Coalition avaient été formés dans un système de droit coutumier mais n'avaient que peu ou pas d'informations sur la tradition de droit civil en usage en Irak, et pratiquement aucune expérience en droit pénal international. Leurs homologues irakiens, quant à eux, se fondaient sur une tradition juridique irakienne déficiente et n'avaient pas d'expérience en droit pénal international.

Vers la fin 2003, quelques jours avant que des images de la capture de Saddam Hussein ne soient diffusées dans le monde entier, l'APC établit le Tribunal spécial irakien pour les crimes contre l'humanité (ci-après le « Tribunal »)¹⁷. Human Rights Watch et d'autres organisations des droits humains reprochèrent au projet de statut du Tribunal de négliger les garanties essentielles à un procès équitable et de ne pas fixer de normes exigeant que les juges et les procureurs aient une expérience suffisante et puissent agir de manière indépendante et impartiale. Human Rights Watch demanda aux Nations Unies de ne pas mettre sa légitimité et son savoir-faire au service de ce qu'elle appelait un tribunal fondamentalement déficient et intrinsèquement vulnérable à la manipulation politique¹⁸. Effectivement, dans le cadre de leur politique, les Nations Unies n'assistèrent pas et ne contactèrent pas le Tribunal : celui-ci devint ainsi fortement dépendant du soutien du Bureau de liaison des crimes du régime (RCLO), un groupe composé essentiellement de fonctionnaires américains basés à l'ambassade des États-Unis à Bagdad.

Human Rights Watch, le Centre international pour la justice transitionnelle (CIJT) et d'autres organisations internationales des droits de l'homme critiquèrent également le Conseil de gouvernement irakien et l'APC pour ne pas avoir dûment consulté le peuple irakien, notamment les centaines de milliers de victimes et leurs familles qui commençaient rapidement à s'organiser. En fait, les seules initiatives qui tentèrent de sonder la population irakienne sur ses opinions et son attitude face à un futur processus de justice transitionnelle furent lancées par des organisations de la société civile.

En juillet et août 2003, nos organisations lancèrent l'une des premières études visant à découvrir quelles étaient l'opinion et l'attitude d'un large éventail d'Irakiens envers la justice et les droits de l'homme¹⁹. Cette étude conclut que dans leur vaste majorité, ils étaient fermement convaincus que les diri-

16 Voir *Briefing Paper: Creation and First Trials of the Supreme Iraqi Criminal Tribunal*, International Center for Transitional Justice, octobre 2005, pp. 6-7.

17 CPA Order 48, *op. cit.* (note 5).

18 Voir « Memorandum to the Iraqi Governing Council on the Statute of the Iraqi Special Tribunal », Human Rights Watch, décembre 2003.

19 Human Rights Center, *op. cit.* (note 9), pp. i-iv.

geants de l'ancien régime devaient être jugés pour leurs actes et que ces procès devaient avoir lieu en Irak et sous contrôle irakien. Malgré leur méfiance à l'égard du système juridique existant sous le régime de Saddam, les personnes interrogées se dirent persuadées qu'il y avait une réserve suffisante d'avocats et de juges « propres » (c'est-à-dire non corrompus) pour pouvoir entamer les procès des plus grands criminels. Elles rejetaient avec véhémence l'idée de procès placés sous la coupe de la communauté internationale ou d'un État étranger, même si elles ne refusaient pas de recourir au savoir-faire et à l'aide extérieurs, si cela contribuait à garantir l'équité, l'intégrité et la transparence de la procédure judiciaire. Elles souhaitaient par-dessus tout que les procès soient équitables, impartiaux et résistent à un examen public rigoureux en Irak et ailleurs.

En août 2005, le parlement irakien adopta un nouveau statut pour le Tribunal et le renomma Haut Tribunal irakien²⁰. Alors que ce Tribunal était un tribunal national ancré dans le système juridique irakien, sa juridiction couvrait les crimes internationaux et des dispositions juridiques élaborées après la Seconde Guerre mondiale, mais qui n'avaient jamais été incorporées au droit irakien. Du point de vue politique, les insurgés irakiens et une grande partie des régions arabes environnantes considérèrent le nouveau tribunal comme l'arme illégitime et politique de l'agresseur américain, un argument habilement exploité par Hussein et d'autres accusés lors du premier procès du Tribunal. En septembre 2007, le Tribunal avait achevé deux procès, *al-Doujaïl* et *al-Anfal*, et en avait entamé un troisième sur des crimes commis lors du soulèvement de 1991. Les fonctionnaires du Tribunal annoncèrent 14 procès au total.

Le premier procès concernait des accusations de crimes contre l'humanité perpétrés à la suite de la tentative d'assassinat de Saddam Hussein en juillet 1982 dans la ville chiite de Al-Doujaïl. Ce procès se déroula du 19 octobre 2005 au 26 décembre 2006, date à laquelle le jugement fut rendu. Le verdict, confirmé plus tard par la Chambre de cassation, reconnaissait Hussein et six autres accusés coupables d'une série de crimes, notamment de crimes contre l'humanité, d'homicide volontaire, de torture et de détention arbitraire. Hussein fut exécuté quatre jours plus tard, et trois hauts fonctionnaires dans les semaines qui suivirent.

Contrairement au procès Doujaïl, qui portait sur des crimes commis dans une seule ville, le procès Anfal concernait des crimes de masse, dont les présumés gazage, emprisonnement, exécution et déplacement de plus de 100 000 Kurdes au cours des huit phases de la campagne militaire Anfal en 1988. À l'ouverture du procès Doujaïl en août 2006, Hussein, son cousin Ali Hassan al-Majid et cinq agents de sécurité furent accusés de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre. Mais après l'exécution de Hussein, l'intérêt public pour la suite du procès contre les six autres accusés baissa de manière spectaculaire dans tous les groupes, à l'exception des Kurdes. Les verdicts définitifs furent rendus en août 2007.

20 Law of the Supreme Iraqi Criminal Tribunal (Law 10 of 2005), *Official Gazette of the Republic of Iraq*, 18 octobre 2005.

Avant de parler des différents procès, il est important de noter qu'entre le début des investigations en 2004 et le prononcé des premiers verdicts deux ans plus tard, l'Irak avait sombré dans un violent conflit. Cette situation eut de graves conséquences pour le travail du Tribunal. Trois avocats de la défense, divers collaborateurs du Tribunal et leurs proches furent tués, alors que des témoins du premier procès et leurs familles avaient été la cible de nombreuses attaques punitives²¹. Indépendamment des fautes commises par le Tribunal, la montée de la violence mina aussi profondément sa capacité à promouvoir de nouvelles normes de responsabilisation et de justice. Car à quoi bon juger les crimes passés des dirigeants d'hier alors que des dizaines de milliers d'Irakiens mouraient dans la rue ?

Le procès Doujaïl

Le procès Doujaïl débuta à un moment où les Irakiens semblaient voir leur avenir avec optimisme. Un référendum constitutionnel avait été organisé et des élections nationales étaient sur le point d'avoir lieu. De nombreux juges du Tribunal espéraient que le procès Doujaïl allait donner naissance à une nouvelle justice irakienne, plus équitable que celle du régime précédent quant au fond et à la procédure. Les attentes de la population irakienne étaient tout aussi grandes, même si le débat public se concentrait souvent sur un autre objectif : l'humiliation des anciens dirigeants dans la salle d'audience et une exécution rapide de la peine de mort.

Les deux mois suivants, l'Irak fut galvanisé par le procès Doujaïl, qui était diffusé par satellite sur des chaînes nationales et régionales. Les télé-spectateurs étaient fascinés de voir Hussein, son demi-frère Barzan al-Tikriti, l'ancien premier ministre Taha Yasin Ramadan, l'ancien chef méprisé du Tribunal révolutionnaire Awad Hamed al-Bandar et quatre cadres du parti originaires de Doujaïl être accusés de crimes atroces. Les plaignants et les témoins parlaient avec beaucoup d'émotion du massacre de leurs familles et des souffrances qu'ils avaient endurées sous la torture et pendant les années passées en prison²². C'était tout à fait inédit en Irak et dans une grande partie de la région. Hussein et al-Tikriti utilisèrent cette tribune pour s'en prendre violemment à l'occupation américaine et se présenter comme des dirigeants arabes persécutés répondant avec dignité et patience, alors que leurs avocats contestaient avec véhémence la légitimité du Tribunal, fruit empoisonné de l'arbre de l'invasion.

Toutefois, après les deux premiers mois, l'humeur du peuple irakien passa de l'excitation à l'anxiété. De nombreux Irakiens pensaient que le président du Tribunal, le juge Rizgar Amin, laissait trop de latitude à Hussein et aux

21 Voir Miranda Sissons and Ari S. Bassin, « Was the Dujail trial fair ? », *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007, pp. 272-286.

22 Les plaignants avaient aussi le droit d'être représentés par des avocats, qui les assistèrent pendant tout le procès.

autres prévenus au cours de la procédure. Certains murmuraient, mécontents, que le procès commençait à tirer en longueur. Sans stratégie de communication, le Tribunal n'avait aucun moyen d'expliquer au public que ces manœuvres compliquées faisaient partie intégrante d'une procédure judiciaire publique. Cette lacune dans l'éducation du public coûta cher au Tribunal. Elle le rendit non seulement incapable d'exemplifier de nouvelles normes de justice, mais elle le priva également d'alliés potentiels et le rendit de plus en plus vulnérable à l'ingérence politique d'individus qui ne savaient pas ce que le Tribunal tentait de réaliser ou qui s'en moquaient.

L'ingérence politique a été la plus grosse faiblesse du procès Doujaïl. La première intrusion eut lieu en janvier 2006, lorsque le juge président Amin démissionna après avoir été critiqué publiquement pendant des semaines par le ministère de la Justice et d'autres personnalités politiques pour sa conduite du procès. Entre-temps, plusieurs autres membres de la Chambre de première instance avaient déjà quitté leur poste. D'autres ingérences du gouvernement ne tardèrent pas à se produire. Premièrement, lorsque la Commission de débaasification²³ expulsa soudainement de la Chambre le juge devant remplacer Amin sous le prétexte de ses tendances libérales. Le deuxième cas d'ingérence politique grave eut lieu vers la fin des délibérations de la Chambre de première instance. Alors que circulaient des rumeurs selon lesquelles Hussein ne serait peut-être pas condamné à la peine capitale, la Commission intervint pour remplacer un juge de la Chambre de première instance et un autre de la Chambre de cassation. On ne sait pas si cette mesure a influencé le jugement final de manière décisive, car le juge président Ra'uf Abd al-Rahman s'est apparemment battu sans relâche pour préserver l'indépendance du Tribunal, mais le message était on ne peut plus clair : les impératifs politiques avaient nettement plus de poids que l'intégrité de la procédure judiciaire. Une trop grande indépendance judiciaire ne serait pas tolérée.

Le procès souffrit également d'autres défauts importants. Premièrement, Doujaïl n'était pas considérée comme une affaire pleinement représentative des crimes du régime, et elle n'avait pas non plus la charge émotionnelle d'autres affaires. Il ne semblait pas y avoir urgence à commencer par des événements qui s'étaient produits dans une seule ville chiite plus de 25 ans auparavant. Le fait que bon nombre des victimes aient apparemment des liens avec le parti Dawa était aussi malencontreux. Il avait échappé à peu d'Irakiens que le Dawa avait pris une place importante au sein du gouvernement de coalition et que le Premier ministre était l'un des cadres supérieurs de ce parti²⁴.

Deuxièmement, la Chambre de première instance n'avait pas les compétences d'analyse nécessaires pour broser un tableau détaillé des rouages du régime. Même s'il y avait abondance de preuves pour établir les crimes,

23 Les exigences de débaasification figurant à l'art. 33 du Statut du Tribunal étaient beaucoup plus élevées que les exigences habituelles, et leur rédaction était volontairement peu claire.

24 Ibrahim al-Jaafari (Premier ministre au début de l'affaire Doujaïl) et Nuri al-Maliki (seconde moitié de l'affaire), étaient tous deux membres de ce groupe politique islamiste chiite.

le Tribunal avait énormément de peine à analyser les liens et les facteurs contextuels qui auraient permis au public de comprendre le fonctionnement du régime dans son ensemble et le rôle de certains individus accusés de crimes spécifiques. (Ce fut particulièrement évident dans l'affaire Taha Yasin Ramadan, ainsi que dans la discussion sur le procès du Tribunal révolutionnaire contre 146 villageois de Doujaïl.) Des historiens ou d'autres experts auraient pu apporter des témoignages très précieux, mais ils ne furent pas appelés à comparaître. À la place, la Chambre recourut finalement à des allégations sans fondement pour combler les graves lacunes et obtenir ainsi le résultat désiré.

L'un des autres manquements du procès Doujaïl fut son incapacité à respecter les normes minimales d'équité judiciaire. Même si Doujaïl a probablement été le procès le plus équitable jamais tenu en Irak, il n'est pas parvenu à appliquer les garanties prévues dans le Statut du Tribunal et à l'art. 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Tout au long du procès, le Tribunal a mis les prévenus dans une situation défavorable par rapport à l'accusation, il a autorisé des chefs d'accusation ambigus, a limité l'accès à des preuves importantes et n'a pas accordé aux défenseurs toutes leurs chances de réfuter les preuves dirigées contre eux²⁵. En outre, la procédure d'appel raccourcie fut inadéquate pour évaluer les questions de procédure et de fond complexes qui s'étaient posées pendant le procès. À l'origine du problème se trouvait l'incapacité du Tribunal à accepter la défense comme un partenaire essentiel dans la recherche de la vérité, et des cas répétés de comportement non professionnel et même contraire à l'éthique de la part de certains avocats de la défense n'arrangèrent pas les choses. Un autre facteur fut la faiblesse dont fit preuve la défense pour défier réellement la Chambre sur ces questions.

Bon nombre d'Irakiens s'intéressaient peu à ces déficiences et se réjouirent du verdict final, le 26 décembre 2006, qui maintenait toutes les conclusions, sauf la peine de Taha Yasin Ramadan, qui fut commuée en peine de mort. Mais ils étaient beaucoup plus nombreux à mettre en question les circonstances entourant l'exécution de Hussein : celle-ci fut non seulement d'un sectarisme flagrant dans son application, mais impliquait également une manipulation des conditions de ratification de la peine de mort et violait diverses dispositions du code de procédure pénal irakien, notamment celle qui stipulait que les exécutions ne devaient pas avoir lieu les jours fériés religieux. En outre, l'exécution allait à l'encontre de l'enseignement que le procès était censé transmettre. Ce procès fut perçu comme un instrument non pas de justice, mais plutôt de revanche sectaire. Des tensions s'ensuivirent en Irak, et Hussein fut vénéré comme martyr dans le monde arabe et au-delà.

25 Parmi les exemples de ces manquements, on peut citer des chefs d'accusation pas assez précis, des mesures de sécurité insuffisantes, le fait de ne pas avoir rassemblé et présenté des preuves disculpant les accusés, présentation tardive ou incomplète, et possibilités limitées de confrontation avec les témoins en raison des mécanismes de confidentialité appliqués aux témoins.

Procès Anfal

Le deuxième procès du Tribunal débuta alors que le procès Doujaïl était encore en cours. Les accusés étaient Saddam Hussein, son cousin Ali Hassan al-Majid (surnommé « Ali le chimique » en raison des armes chimiques qu'il aurait utilisées contre les Kurdes) et cinq autres co-accusés. Le Tribunal accusa les sept hommes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre en raison de leur rôle dans la planification, l'autorisation et l'exécution de la campagne Anfal en 1988, dont la cible était la population kurde du nord de l'Irak²⁶.

Contrairement au cas de Doujaïl, la campagne massive lancée contre les citoyens kurdes par le régime irakien en 1988-89 avait eu un retentissement mondial et avait fait l'objet de nombreux rapports d'organisations des droits de l'homme. C'était une série de crimes beaucoup plus marquants, avec une lourde charge émotionnelle pour les Kurdes. Une foison de documents officiels irakiens attestait l'usage systématique et intentionnel que le régime faisait des armes chimiques contre les Kurdes, les exécutions en masse, l'emprisonnement et le déplacement forcé.

En raison de l'attention accordée à Anfal, la phase d'investigation fut bien organisée et dotée de suffisamment de ressources. Lorsque l'affaire arriva devant la Chambre de première instance, le Tribunal et le Bureau de liaison des crimes du régime avaient tiré la leçon des problèmes de fond et de procédure rencontrés au procès Doujaïl. Les accusés causaient aussi moins de difficultés que lors du procès Doujaïl, peut-être parce que cinq des sept d'entre eux étaient des militaires ou des agents du renseignement et qu'ils ne contestaient pas l'autorité du tribunal ou n'utilisaient pas le procès comme tribune. En outre, les preuves étaient accablantes : des fonctionnaires irakiens avaient rédigé des documents très détaillés sur leur projet d'utiliser des « armes spéciales » contre les « saboteurs » kurdes, et les 10 000 pages du dossier reflétaient de manière très élaborée la conception de la campagne, sa réalisation et son effet, ainsi que la chaîne de commandement. À ces pièces à conviction venaient s'ajouter les témoignages frappants de plus de 80 plaignants, témoins et experts en médecine légale et en balistique.

Malgré de solides arguments et une abondance de preuves, le procès Anfal souffrit tout de même de défauts importants. Le premier était, ce qui ne surprend pas, l'ingérence politique. Après neuf séances seulement, le cabinet du Premier ministre demanda que le juge président Abdallah al-Amiri soit démis de ses fonctions. Amiri, un juge expérimenté et très respecté, avait suscité la consternation du public et des plaintes de la part de l'accusation qui le trouvait trop favorable à la défense. Son commentaire à l'adresse de Saddam Hussein, « Vous n'étiez pas un dictateur », causa un tollé général dans la population. Il fut immédiatement écarté à la demande de l'exécutif (et non par le biais des procédures du Tribunal prévues pour les cas de partialité) et remplacé par le

26 Pour un aperçu détaillé du déroulement du procès Anfal, consulter le site du ICTJ : <http://www.ictj.org/en/where/region5/564.html> (consulté la dernière fois le 20 novembre 2007).

juge Muhammad Uraybi al-Khalifa, qui fit tout de suite preuve de fermeté dans la salle d'audience.

Le deuxième cas d'ingérence politique, plus surprenant peut-être, concernait les affaires Sultan Hashem et Hussein Rashid, tous deux officiers de carrière sunnites ayant de nombreuses relations. Hashem était un ancien chef d'état-major de l'armée et ministre de la Défense qui, pendant la campagne Anfal, commandait le premier corps d'armée ; Rashid était chef d'état-major adjoint pour les opérations de la campagne Anfal. Dans certains milieux, ils étaient des militaires professionnels respectés, qui n'avaient pas eu d'autre choix que de suivre les ordres d'un commandement malintentionné, des hommes honnêtes qui illustraient les problèmes rencontrés par l'élite militaire sunnite dont on faisait un bouc émissaire collectif. Selon certaines informations, les juges de la Chambre de première instance et de la Chambre de cassation furent soumis à de fortes pressions présidentielles pour qu'ils ne prononcent pas la peine de mort, ce qui entraîna une crise juridique et politique qui, au moment de la rédaction de ces lignes, n'était pas encore résolue.

L'égalité des armes était aussi une question importante. Le juge al-Khalifa semblait souvent impatient ou prompt à rejeter les demandes de la défense, refusant par exemple à maintes reprises de faciliter la tâche des témoins de la défense en autorisant les témoignages par vidéo ou par d'autres moyens novateurs. En conséquence, seuls six témoins de la défense témoignèrent au cours du procès, par rapport à quelque 100 témoins et plaignants du côté de l'accusation. Les relations entre le juge et les avocats principaux se détériorèrent au cours du temps, et un scandale éclata lorsque le juge président ordonna l'arrestation de l'avocat de la défense Badia Ezzat Aref pour outrage à la Cour au moment où ce dernier essaya de contester le refus du juge d'admettre un CD-ROM parmi les éléments de preuve²⁷.

Le dernier trait marquant du procès Anfal fut qu'il n'occupa jamais la place qui lui revenait dans le domaine public. Les Irakiens suivirent avec intérêt et préoccupation les premiers débats des deux procès. Mais comme indiqué ci-dessus, l'intérêt du public tomba en flèche après l'exécution de Hussein. La retransmission télévisuelle des audiences continua, mais le flot de visiteurs cessa. En effet, pendant presque toute la deuxième moitié du procès, il y avait tout au plus un visiteur dans la salle d'observation : un observateur irakien représentant une organisation internationale.

La Chambre de première instance rendit son jugement le 24 juin 2007 ; la Chambre d'appel le fit 10 semaines plus tard. Al-Majid, Rashid et Hashem écopèrent d'une multiple condamnation à mort. Deux autres accusés se virent infliger l'emprisonnement à vie, et les charges contre l'un des accusés furent abandonnées par manque de preuves. Même si le récit complet du procès Anfal doit encore être achevé, au moment de la rédaction de ces lignes, il est déjà clair que ce procès n'a pas eu, à court terme, l'impact que beaucoup avaient espéré.

27 Sans intervention américaine, Aref aurait certainement été tué pendant sa détention ; plus tard, il fut sorti secrètement du pays et ne peut y retourner.

Malgré des preuves écrasantes, des crimes massifs et une meilleure organisation des audiences, Anfal était compromis par le simple fait d'avoir lieu après le procès Doujaïl.

À ce jour, les espoirs que ce Tribunal puisse servir de fondement à un système judiciaire impartial et équitable en Irak n'ont pas été confirmés. Et ils ne le seront probablement pas. Bien que le Tribunal fonctionne mieux que ceux de l'ancien système judiciaire, il n'est pas parvenu à se poser en défenseur de nouvelles valeurs telles que l'impartialité, l'indépendance judiciaire, l'égalité des droits et le respect du droit.

Assainissement et débaasification

L'assainissement, pour écarter de postes à responsabilité des fonctionnaires coupables d'abus, s'il est pratiqué équitablement, correctement et prudemment, peut légitimement faire partie d'une réforme institutionnelle plus vaste en période de transition. Il peut également jouer un rôle important en évitant que les exactions passées ne se répètent et en empêchant les auteurs d'abus de conserver leur pouvoir et leur influence sur les populations touchées au cours du processus de reconstruction sociale. En même temps, l'assainissement est un processus complexe, délicat, nécessitant beaucoup de ressources et qui est bourré de pièges. Des programmes d'assainissement mal gérés peuvent facilement se transformer en purges et donner lieu ainsi à de nouveaux abus, à du ressentiment et à de la méfiance. Enfin, des programmes d'assainissement très vastes et mal ciblés peuvent aussi priver une société sortant de la guerre de ses fonctionnaires bien formés. D'ailleurs, l'histoire de ces 50 dernières années montre que les pays qui ont tenté une transition vers la démocratie ont presque inévitablement repris des membres du régime évincé²⁸.

Le 8 mai 2003, avant son départ pour l'Irak, Paul Bremer reçut du secrétaire à la Défense Donald Rumsfeld un mémorandum intitulé « *Principles for Iraq-Policy Guidelines* » (principes politiques pour l'Irak [traduction CICR]) qui précisait que la coalition dirigée par les États-Unis s'opposerait activement aux anciens exécutants de Saddam Hussein – le parti Baas, *fidayin Saddam*, etc. – et qu'elle éliminerait les vestiges du régime de Saddam²⁹. Douglas Feith, secrétaire à la Défense chargé de la politique, remit aussi à Bremer le projet d'un ordre de l'APC relatif à une politique de débaasification.

Ahmed Chalabi, chef du Congrès national irakien, et une poignée d'autres exilés irakiens avaient déjà esquissé les grandes lignes d'une telle politique, s'inspirant avant tout des mesures de dénazification adoptées en Europe à la fin de la Seconde Guerre mondiale. Les leçons et les connaissances tirées

28 Voir David Cohen, « Transitional justice in divided Germany after 1945 », in Jon Elster (ed.), *Retribution and Reparation in the Transition to Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 59-88.

29 Voir L. Paul Bremer III, « How I didn't dismantle Iraq's army », *New York Times*, Op-Ed, 6 septembre 2007.

d'autres programmes d'assainissement plus récents, depuis plus de 50 ans, par ex. en Bosnie-Herzégovine ou au Salvador, n'ont jamais été prises en compte³⁰. Il semblerait que les idées de Chalabi aient fortement influencé les instructions données à Bremer avant son départ pour l'Irak³¹. Bremer arriva à Bagdad le 9 mai 2003. Une semaine plus tard, il mettait en route un processus de débaasification qui aurait un effet profondément déstabilisateur sur la société irakienne.

Le parti Baas arabe socialiste était un groupe nationaliste arabe secret, créé en Syrie dans les années 1940, que Hussein utilisa pour accéder au pouvoir en 1968 et à la présidence de l'Irak en 1977. Ce parti fut l'un des instruments principaux des brutalités infligées aux Irakiens, en particulier aux Chiites et aux Kurdes. S'inspirant de modèles staliniens, avec une structure secrète basée sur la cellule, il finit par doubler ou contrôler toutes les grandes institutions de la société et du gouvernement, avec des bureaux militaires et professionnels, des bureaux d'étudiants et un réseau géographique complexe. Il fallait être membre pour accéder à de nombreuses professions et les rapports élaborés par des membres locaux du parti étaient essentiels pour avoir accès à l'éducation et au travail, ainsi que pour garder un casier judiciaire vierge.

Les forces de la coalition annoncèrent le démantèlement du parti Baas le 16 avril 2003. Pour de nombreux Chiites et Kurdes irakiens siégeant au Conseil de gouvernement irakien, un certain degré d'assainissement était absolument nécessaire pour une transition pacifique vers la démocratie. Mais la coalition dirigée par les États-Unis devait également tenir compte des craintes des Sunnites récemment privés de leurs privilèges, et à un niveau plus terre-à-terre, elle devait faire fonctionner le pays. Et tout cela sans avoir accès à des données fiables sur la structure du parti Baas. Dans une décision lourde de conséquences, Bremer adopta deux mesures radicales. Le premier ordre de l'APC, émis juste une semaine après l'arrivée de Bremer, écartait du service gouvernemental les membres de quatre niveaux du parti Baas et leur interdisait tout emploi futur au sein de l'administration publique. À noter que tous ces licenciements étaient liés uniquement au rang des personnes, et non à des actes individuels répréhensibles. En outre, tous les fonctionnaires des trois plus hauts niveaux de l'administration publique devaient être interrogés à propos de leur éventuelle appartenance au parti, et devaient être démis de leur fonction s'ils avaient le rang de membre du parti ou un rang supérieur³². Bremer avait le pouvoir d'accorder des exemptions au cas par cas. Cet ordre s'appliquait à tous les ministères, entreprises publiques et autres institutions gouvernementales, y compris

30 Interview d'Ahmed Chalabi par Sissons, mars 2006. Au sujet des leçons tirées des programmes d'assainissement, voir Alexander Mayer-Rieckh and Pablo de Greiff (eds.), *Justice as Prevention: Vetting Public Employees in Transitional Societies*, Social Science Research Council, New York, 2007.

31 Voir L. Paul Bremer III with Malcolm McConnell, *My Year in Iraq: The Struggle to Build a Future of Hope*, Simon and Schuster, New York, 2007.

32 Voir l'ordre N° 1 de l'Autorité provisoire de la Coalition, (note 4 ci-dessus). Cet ordre qualifiait les membres du parti des quatre rangs supérieurs de « cadres du parti ». En faisaient partie les rangs de « *udw qutriyya* » (membres du commandement régional), « *udw far* » (membres de division), « *udw shu'bah* » (membres de section), et « *udw firqa* » (membres de groupe). Dans tous les cas, l'Administrateur pouvait faire une exception à titre individuel.

les hôpitaux, les écoles et les universités. En outre, toutes les personnes écartées pouvaient faire l'objet d'une enquête pénale. Au cours des mois suivants, on estime que 30 000 personnes, dont 6000 à 12 000 enseignants, furent sommairement virées de leur poste³³.

Une semaine plus tard, Bremer démantelait les tribunaux spéciaux irakiens, les forces armées, les services de renseignement et les ministères correspondants³⁴. Toutes les personnes ayant un rang équivalent ou supérieur à celui de colonel étaient considérées comme des cadres du parti, à moins qu'elles ne puissent prouver le contraire. Un certain nombre d'autres institutions jugées proches du parti Baas ou de la famille de Hussein furent également dissoutes, tels le *fidayin Saddam* paramilitaire et le Comité olympique national. La décision de démanteler l'appareil du renseignement ne fut pas vraiment contestée, mais la décision fatale de dissoudre l'armée irakienne fut presque universellement condamnée. Cette dissolution eut non seulement des incidences sur la sécurité, mais également de graves conséquences sociales. L'armée irakienne était une source majeure d'emplois, de mobilité sociale et de fierté nationale. Les semaines suivantes, Bremer mit en place une nouvelle série de mécanismes de débaasification pour achever la liquidation du système³⁵. Des registres furent créés pour inventorier et garder sous contrôle les biens du parti Baas – certains membres du Conseil de gouvernement irakien avaient déjà pris possession des palaces des dirigeants à Bagdad – et la responsabilité nominale du processus fut attribuée aux Irakiens. Il ordonna la création d'un Conseil irakien de débaasification (bien qu'on ne sache pas vraiment s'il a fonctionné) et annonça un ensemble d'instructions pour la mise en œuvre de cette politique³⁶. Des enquêteurs militaires devaient vérifier l'affiliation au parti de tous les employés des ministères; les membres appartenant aux rangs proscrits seraient démis de leurs fonctions, à moins que leur employeur ne demande une « exception ». Les individus pouvaient faire appel des décisions pour des raisons factuelles auprès de comités conjoints militaires-civils, qui accordaient ou refusaient l'exception. Malgré toute la paperasse, il semble que la mise en œuvre ait fortement varié d'un ministère à l'autre, selon l'attitude du ministre responsable. Les employés des niveaux les plus bas furent les premiers à être virés, les détenteurs du pouvoir ministériel venant souvent en fin de liste³⁷.

33 L. Paul Bremer, Autorité provisoire de la Coalition, point de presse, 25 novembre 2003 (dans le dossier avec mention des auteurs).

34 Ordre N° 2 de l'Autorité provisoire de la Coalition, *op. cit.* (note 4).

35 Ordre N° 4 de l'Autorité provisoire de la Coalition ; ordre N° 5 de l'APC « Establishment of the Iraqi Debaathification Council » ; memorandum N° 1 de l'APC « Implementation of De-Baathification Order N° 1 », CPA/MEM/3 juin 2003/01.

36 Le Conseil était habilité à retrouver les biens du parti et à chercher à savoir qui étaient et où se trouvaient les cadres et les membres du parti Baas impliqués dans des violations des droits humains, ainsi qu'à donner des conseils pour atteindre les objectifs de la débaasification. Il avait également reçu de vastes pouvoirs pour collecter et présenter toute autre information présentant un intérêt pour le processus de débaasification. Les personnes touchées par la décision du Conseil pouvaient faire appel par écrit auprès de Bremer pour renverser cette décision, mais celui-ci gardait le pouvoir d'accorder des exceptions au cas par cas.

37 Ce sont les résultats d'une étude sur la débaasification réalisée sur le terrain par le Centre international pour la justice transitionnelle.

Certaines catégories de membres conservaient le droit à une retraite, mais le perdraient en cas d'échec de leur appel.

L'APC omit de consulter le peuple irakien sur l'opportunité de ce processus de débaasification radical et souvent arbitraire. Elle ne disposait pas non plus de suffisamment de données sur le parti ou le gouvernement pour juger du bien-fondé de cette politique. Notre étude a révélé que, si la majorité des personnes interrogées blâmaient le parti Baas pour les crimes passés et estimaient que les responsables devaient être écartés, elles pensaient également qu'il n'était pas équitable de pénaliser une personne uniquement du fait de son appartenance à un parti, et elles tentaient de faire la distinction entre les membres du parti, les baasistes, et les fervents partisans de Saddam Hussein, qu'elles appelaient les saddamistes. Alors que dans le nord de l'Irak, les personnes interrogées estimaient généralement que les institutions étatiques devaient être purgées du parti Baas, dans les régions du centre ou du sud, elles étaient nombreuses à exprimer leur préoccupation au sujet de l'impact qu'aurait une débaasification étendue sur les ressources humaines nécessaires à la reconstruction du pays³⁸.

La débaasification échappa rapidement à l'APC. En moins de six semaines, le Conseil de gouvernement irakien avait pris l'initiative et créé la Commission de débaasification (*Higher National De-Ba'athification Commission*, HNDBC) présidée par Ahmed Chalabi. Ce dernier, avec ses conseillers, se hâta d'élaborer des règlements qu'il afficha dans tous les ministères³⁹. L'APC accusa le coup avec réticence plusieurs mois plus tard, même si à ce stade, elle était de plus en plus opposée aux effets sociaux et administratifs de la débaasification, en particulier dans des domaines comme l'éducation⁴⁰.

Les mesures agressives de Chalabi atteignirent leur point culminant en 2003, avec le licenciement de 12 000 enseignants irakiens dont les recours avaient été bloqués ou remis aux calendes grecques lors de leur examen. Une des dernières mesures de Bremer en tant que chef de l'APC consista à tenter de dissoudre la Commission ; peu après, le Premier ministre irakien par intérim, Ayad al-Alawi, chercha également à limiter le pouvoir de la Commission. Mais celle-ci connaissait trop bien les rouages de la politique et de la bureaucratie pour se laisser facilement brider, et à la rédaction de ces lignes, elle avait survécu indemne, malgré les nombreuses propositions de réforme présentées en 2006 et 2007.

Le processus de débaasification, de 2003 à 2007, présentait de graves défauts. Tout d'abord, sa conception même posait problème. La débaasification ne comportait pas de mesures d'assainissement : aucune tentative ne fut faite pour voir si les personnes avaient les qualités requises pour travailler dans la

38 Human Rights Center, *op. cit.* (note 9), pp. 51-52.

39 Voir IGC Decision 21 of 18 August 2003 and Higher National De-Ba'athification Commission Order Number 1 of 14 September 2003 (on file at ICTJ). Pour savoir si une personne était membre, on se référait à sa fiche de salaire, car les membres du parti recevaient souvent des indemnités supplémentaires. On n'a trouvé aucun registre des membres du parti.

40 Jonathan Steele, « Anti-Baathist ruling may force educated Iraqis abroad », *Guardian*, 30 août 2003, p. 16.

fonction publique, en se fondant sur leur respect des droits de l'homme ou sur d'autres critères d'intégrité. L'idée était d'écarter du service public tous les membres du parti à partir d'un certain rang, en présumant que de telles personnes *avaient obligatoirement* perpétré de graves violations des droits humains ou *étaient forcément* des adeptes convaincus du baasisme, ce qui les rendait inaptes à occuper un poste public. Aucun fait étayant ces suppositions ne fut jamais rendu public.

Cette politique était à la fois trop large et trop étroite : elle a certainement écarté de nombreuses personnes qui n'avaient pas commis d'exactions (par exemple les enseignants licenciés fin 2003), mais elle n'a rien fait contre les auteurs d'exactions qui avaient des fonctions au bas de l'échelle du parti ou pas de fonction du tout. Cette incohérence suscita un énorme ressentiment des deux côtés. Les Chiites se plaignaient de ce que rien n'avait été fait contre les auteurs d'exactions et craignaient que les mesures prises soient insuffisantes pour empêcher le retour du parti au pouvoir. Les Sunnites se plaignaient de ce que la débaasification était un instrument de punition collective utilisé pour empêcher toute participation future des Sunnites à la vie publique et politique du pays. Finalement, ils avaient tous raison.

Deuxièmement, le processus de débaasification était inéquitable et opaque. Des personnes étaient automatiquement démisées de leurs fonctions sans que certaines procédures élémentaires ne soient respectées, telles que la notification des informations retenues contre elles, le droit d'être entendu avant d'être licencié, ou le droit de regard sur leur propre dossier. Les exemptions et les réintégrations étaient techniquement possibles, mais dépendaient de critères mal définis et souvent fluctuants. En conséquence, la Commission de débaasification (HNDBC) disposait d'un pouvoir énorme sur la vie de milliers de personnes sans avoir à rendre de comptes, ou presque. Le sentiment prévalait, et parfois c'était la réalité, que cette Commission n'était qu'un outil politique supplémentaire entre les mains de ses maîtres chiites. Son pouvoir était très étendu : attribution des marchés publics ; approbation des candidatures aux élections ; direction d'ONG, d'organismes de radiotélévision et d'associations professionnelles ; et intervention dans le choix des juges du Haut Tribunal irakien⁴¹.

Troisièmement, en Irak, la débaasification ne fit pratiquement que des mécontents. Le Haut Tribunal irakien ne s'occupait que d'une poignée de criminels et, en l'absence d'autres initiatives visibles pour rendre justice aux victimes, la débaasification attira toutes les demandes des victimes. En 2006, la plupart des Irakiens pensaient que la débaasification était une politique qui visait à poursuivre les criminels, octroyer des réparations, rendre les biens volés, ériger des monuments commémoratifs, revoir les programmes éducatifs et empêcher le retour au pouvoir du parti Baas. Mais l'amertume et la controverse suscitées par la débaasification furent lourdes de conséquences, et en 2006, le gouvernement irakien

41 Des dispositions relatives à la débaasification ne figuraient pas que dans les ordres de l'APC, mais également dans toute une série de lois, notamment la loi électorale, le Statut du Haut Tribunal irakien, la constitution et d'autres instruments juridiques.

se vit soumettre à de fortes pressions pour qu'il revoie son programme. En raison de la détérioration de la situation politique et de la sécurité – sans parler de l'habileté politique des partisans de la débaasification – le changement fut long à se concrétiser. Et lorsqu'il se produisit enfin, il fut relativement modeste. Après quelques négociations par à-coups entre dirigeants irakiens, il fut convenu que le Parlement irakien examinerait en septembre 2007 un projet de loi de compromis qui conserverait les grandes lignes de la débaasification, mais pourrait l'appliquer à un niveau différent. Les anciens fonctionnaires liés à la défense et les membres des forces armées ne se verraient plus refuser un emploi dans le secteur public s'ils n'avaient pas commis de crimes. La Commission de débaasification (HNDBC) allait non seulement subsister, mais elle se verrait confier encore plus de pouvoirs, notamment le droit de lancer des enquêtes criminelles et d'entamer des poursuites, une perspective effrayante qui suscita la colère des juges. Un autre point important passa presque inaperçu : quasiment toutes les personnes susceptibles d'être visées par la débaasification avaient déjà été virées. Ce qui était en jeu, désormais, c'était le contrôle des réinsertions. Mais personne ne s'était préoccupé de concevoir des procédures de réinsertion plus claires qui, même si elles étaient prétendument automatiques, devaient faire l'objet d'une demande. Ce projet de loi permettait toujours à la Commission d'agir de manière arbitraire et inéquitable en appliquant le même système déficient de débaasification à une fonction publique en plein chaos⁴². Au moment de la rédaction de ces lignes, il y avait peu d'espoir d'amélioration.

La recherche de la vérité

Bien avant le début de la guerre, des organisations internationales des droits de l'homme et des Irakiens en exil avaient commencé à débattre de la création de commissions de vérité et de réconciliation pour faire face aux violations massives des droits de l'homme commises pendant l'époque de Saddam. Avec une planification et une coordination adéquates, les commissions de vérité peuvent effectuer un travail complémentaire aux poursuites pénales en rassemblant et en conservant les témoignages des victimes de violations des droits de l'homme, ainsi qu'en étudiant et en dévoilant des schémas historiques plus vastes d'abus, de responsabilité et de complicité. En étudiant des cas-clés, en analysant les causes et les conséquences des exactions passées et en écrivant un rapport public, une commission de vérité peut reconnaître formellement ce qui a été nié, elle peut redonner la parole et le respect aux victimes, et aider à forger d'autres mécanismes de justice, par exemple les réparations⁴³.

Dans l'enquête que nous avons faite auprès des Irakiens en 2003, nous avons constaté qu'un processus de recherche de la vérité en Irak ne trouverait

42 Le Centre international pour la justice transitionnelle proposa de mettre fin à la débaasification en l'espace d'une année civile et de créer des lignes directrices claires pour le recrutement et les promotions, afin d'éviter d'engager dorénavant des auteurs de crimes dans le service public.

43 Voir par exemple Priscilla B. Hayner, *Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocity*, Routledge, New York, 2001.

légitimité et soutien que par un processus de consultation et d'éducation du public qui soit ouvert, transparent et global. Les Irakiens ne savaient pas vraiment ce qu'était une commission de vérité et connaissaient mal les expériences faites dans d'autres pays. Éduquer les organisations naissantes de la société civile, les chefs religieux et communautaires, les représentants des groupes ethniques et une grande partie de la population (très cultivée) était donc une première étape indispensable⁴⁴. Les personnes interrogées furent promptes à proposer leur propre version d'un processus de recherche de la vérité. Voici quelques-unes de leurs suggestions :

« créer des comités locaux de personnes de bonne réputation chargés de collecter des témoignages et d'enregistrer les noms des morts et des disparus [...] ; déclarer les journées du souvenir jours fériés nationaux ; ériger des monuments dans chaque ville et chaque région ; créer des musées et des centres de documentation, des expositions de photos et de vidéos, ainsi que des œuvres artistiques de littérature, de cinéma et de théâtre ; et conserver les centres de détention et les instruments de torture⁴⁵ ».

En Irak, où seule une petite partie des auteurs d'exactions sera poursuivie devant le Tribunal pénal suprême irakien et d'autres tribunaux, une commission de vérité pourrait contribuer à dresser un bilan complet des violations des droits de l'homme de ces 25 dernières années en analysant l'énorme quantité de preuves rassemblées par des organisations et des individus, en Irak et à l'étranger. Elle pourrait aussi étudier le rôle qu'ont joué des acteurs externes en empêchant ou en rendant possibles les violations des droits de l'homme. Plus important encore, une telle commission pourrait chercher à savoir ce qu'il est advenu des centaines de milliers d'Irakiens portés disparus ou présumés morts. Seule ou avec le Comité international de la Croix-Rouge (CICR), elle pourrait aider à retrouver les personnes disparues et superviser l'exhumation des fosses communes.

Au moment d'écrire ces lignes, ni le gouvernement irakien ni l'administration Bush n'a envisagé sérieusement de créer une commission de vérité. Et vu l'escalade de la violence dans le pays, une telle institution ne pourra pas voir le jour dans un proche avenir. Toutefois, ceci ne devrait pas empêcher le gouvernement irakien, en consultation avec les Nations Unies et d'autres institutions telles que le CICR et le Centre international pour la justice transitionnelle, d'explorer la possibilité d'entamer un processus de recherche de la vérité. En Irak, une commission de vérité devrait reposer sur des principes tels que l'éducation, la consultation, l'indépendance et la coordination. Sa mise en place prendra du temps.

Étant donné qu'une grande majorité de la population souhaite que les auteurs de violations des droits de l'homme soient poursuivis pénalement⁴⁶, il faudra

44 Human Rights Center, *op. cit.* (note 9), pp. 55-56.

45 *Ibid.*, p. 51.

46 *Ibid.* pp. 48-50. Une enquête semblable effectuée dans le sud de l'Irak a montré que 98% des personnes interrogées souhaitaient que les auteurs des violations des droits de l'homme sous l'ancien régime soient punis, et que 77% préféraient un procès à des procédures extra-judiciaires. Voir *Southern Iraq: Report of Human Rights Abuses and Views on Justice, Reconstruction, and Government*, Physicians for Human Rights, 18 septembre 2003, p. 8.

prendre la peine de montrer qu'une commission de vérité est complémentaire à des poursuites et ne les remplace pas. Il sera indispensable d'expliquer à la population quels sont la portée, les objectifs et les limites d'une commission de vérité. Cet effort d'éducation devrait viser tous les secteurs concernés de la société, afin qu'il ne soit par perçu comme un dialogue entre « élites » ou entre certains groupes politiques.

En Irak, c'est par le biais d'un réel effort de consultation et de débats publics que le processus de recherche de la vérité acquerra sa légitimité et le soutien de la population. Les projets de lois portant création de la commission doivent être rendus publics et discutés dans des enceintes diverses pour gagner la compréhension et l'adhésion de la population. Des forums publics devraient avoir lieu dans tout le pays sur un large éventail de sujets, notamment la nature des violations devant faire l'objet d'investigations, les objectifs principaux et les pouvoirs légaux de la commission, et la question de savoir si la commission devrait organiser des auditions publiques pour les victimes et publier les noms des auteurs présumés de violations des droits de l'homme. Les membres de la commission devraient être des personnes respectées, d'une intégrité irréprochable, représentant de manière équilibrée les différentes forces politiques, ethnies et communautés religieuses. Pour diverses raisons, notamment pour encourager par certaines modalités les victimes d'abus sexuels à se présenter, il est impératif que des femmes et des hommes en fassent partie.

Réparations

L'histoire a montré que les réparations, sous forme d'une compensation matérielle et symbolique, sont essentielles pour les victimes de violations en masse des droits de l'homme. Elles peuvent être aussi importantes qu'un montant forfaitaire alloué à une victime individuelle, que des processus collectifs consistant à créer des mémoriaux, des jours du souvenir, des parcs et autres monuments publics, à rebaptiser des rues ou des écoles, à transformer des lieux de répression en musées, ou que d'autres moyens de créer une mémoire publique. Elles peuvent comprendre une réforme de l'éducation, la réécriture d'événements historiques, et l'éducation aux droits humains et à la tolérance. Mais quel que soit le type de réparation envisagé, écrit Naomi Roht-Arriaza, il faut prendre garde à ne pas l'utiliser « pour stigmatiser et marginaliser les groupes dont les membres ont commis les exactions. Les réparations doivent être offertes de manière à reconnaître les souffrances des victimes mais sans transformer en victimes d'autres personnes n'ayant pas pris part activement à la violence⁴⁷ » (traduction CICR).

Notre étude de 2003 a révélé que si les Irakiens, dans leur grande majorité, étaient favorables à ce qu'une compensation matérielle et symbolique soit offerte aux victimes des violations des droits de l'homme, ils n'approuvaient

47 Naomi Roht-Arriaza, « Reparations in the aftermath of repression and mass violence », in Eric Stover and Harvey M. Weinstein, *My Neighbor, My Enemy: Justice and Community in the Aftermath of Mass Atrocity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 121-139.

pas forcément le versement d'une indemnité unique *ex gratia*⁴⁸. Ils étaient nombreux à penser que les pertes subies étaient incalculables et qu'aucune somme d'argent ne pouvait remplacer un proche (et parfois toute une famille) tué par le régime. Certains suggérèrent certaines formes de réparation, par exemple fournir des services de santé physique et mentale ainsi que l'accès à l'éducation et à l'emploi, satisfaire les besoins fondamentaux en matière d'abri, de nourriture et de vêtements, rendre les biens confisqués, et ériger des monuments commémoratifs portant les noms des victimes. La grande majorité des personnes interrogées estimaient que les coûts des réparations devaient être assumés par l'État irakien⁴⁹. Plusieurs soulignèrent le besoin de sécurité des familles des victimes. Certains mentionnèrent également la réhabilitation des victimes pour leur restituer leur honneur, ainsi qu'à leur famille.

Correspondant au peu d'intérêt qu'elle avait marqué pour la création éventuelle d'une commission de vérité en Irak, l'administration Bush accorda aussi peu d'attention aux questions relatives à la réparation des exactions commises par l'ancien régime. Le 26 mai 2004, cinq semaines avant la transmission du pouvoir aux Irakiens, Bremer nomma Malek Dohan al-Hassan, alors président de l'ordre des avocats, à la tête d'un groupe spécial sur les réparations avec pour instruction de définir les types d'injustice pour lesquels une compensation devrait être accordée⁵⁰. Le groupe avait aussi pour tâche de décider qui aurait droit à une compensation, quel en serait le montant approprié et par quels mécanismes elle serait versée. Le groupe était constitué, mais ses membres s'évaporèrent dans la nature – avec les millions de dollars attribués au financement des premiers plans de compensation.

La culture musulmane et la culture arabe accordent une importance considérable à la notion de compensation pour les torts subis. De plus, les pensions et autres avantages que le régime de Hussein avait donnés à certains vétérans choisis de la guerre Iran-Irak et à d'autres groupes avaient suscité de grandes attentes chez de nombreux Irakiens quant au contenu d'un plan de réparations acceptable. Des membres du cabinet du Premier ministre étudièrent l'idée d'un système de réparations, mais sans s'intéresser beaucoup aux détails pratiques ou financiers. Exaspérés, des représentants des victimes lancèrent leur propre processus de rédaction, par le biais d'une commission parlementaire pour les martyrs et les victimes. En janvier 2006, la commission fit adopter deux lois en urgence – celle de l'association des martyrs⁵¹ et celle de l'association des prisonniers politiques⁵² – qui à leur tour fournirent deux bases distinctes pour élaborer et mettre en œuvre des programmes de réparation.

48 Human Rights Center, *op. cit.* (note 9), p. 40.

49 *Ibid.*, p. 42

50 Communiqué de presse de l'Autorité provisoire de la Coalition : « Ambassador Bremer announces creation of special task force on compensation for victims of the former regime », Bagdad, 26 mai 2004.

51 Council of the Presidency, Decision Number 3 of the Year 2006, Martyrs' Association Law, *Iraqi Gazette* N° 4018, 6 mars 2006.

52 Council of the Presidency, Decision Number 4 of the Year 2006, Law of the Political Prisoners Association, *Iraqi Gazette* N° 4018, 6 mars 2006.

La commission s'était empressée d'agir, car elle craignait que le nouveau parlement permanent ne soit pas en faveur d'une législation sur la réparation. Mais la hâte est mauvaise conseillère. La loi fut adoptée sans être examinée par les juristes compétents, si bien que la version finale violait plusieurs dispositions légales importantes. En outre, les programmes qu'elle créait étaient sans fondement et mal conçus : l'éligibilité n'était pas définie selon des normes légales impartiales et donc susceptible d'être critiquée pour son caractère sectaire et biaisé ; ces lois promettaient des prestations très importantes, telles qu'un logement et une pension à vie, mais les fondations avaient peu de moyens pour les mettre en œuvre. Pire encore, le mécanisme administratif mis en place pour recevoir les demandes de réparation et prendre une décision était totalement inapproprié et inapte à traiter des centaines de milliers de requêtes.

Une année plus tard, le Premier ministre irakien avait, dans le cadre de son initiative de réconciliation, assigné 170 millions de dollars aux opérations des fondations et choisi les membres du conseil. Toutefois, les deux fondations n'avaient pas pu commencer leur travail en raison de problèmes politiques et logistiques. Elles étaient paralysées par des problèmes juridiques, allant de l'incapacité légale d'établir leurs propres règlements ou leur budget interne au procès que leur avaient intenté des parlementaires sunnites opposés à leur approche sélective. En dépit de ces obstacles majeurs, les membres du conseil des fondations étaient optimistes et disaient se préparer à recevoir les demandes, alors que certains parlementaires étaient prêts à admettre qu'il fallait réviser les lois, notamment pour qu'elles puissent s'appliquer aux personnes victimes d'actes de violence après 2003. Mais les hautes sphères, préoccupées par d'autres problèmes, manifestaient très peu d'intérêt. Au moment d'écrire ces lignes, il semblait fort probable que les victimes irakiennes de graves violations des droits de l'homme ne pourraient pas compter sur un système de réparation dans un avenir proche.

Conclusion

Récemment, les gouvernements américain et irakien ont érigé une enceinte fortifiée dans le quartier de Rusafa pour assurer la sécurité pendant les procès des plus dangereux suspects ; ce centre servira également de lieu de détention pour des milliers de prisonniers et abritera les juges et leurs familles. Connu sous le nom de « Rule of Law Complex », le tribunal a jugé 43 suspects pendant les six premières semaines, soit environ un suspect par jour. L'administration Bush, qui a énormément investi dans le complexe de Rusafa, espère créer un réseau de fortifications juridiques semblables dans d'autres régions de l'Irak, à commencer par Ramadi, la capitale de la province d'Anbar. Malgré son statut de zone protégée, le complexe de Rusafa n'est pas à l'abri des multiples problèmes que connaît le système juridique irakien. Citons l'afflux de détenus à la suite de la vague d'opérations militaires menées par les Américains et les Irakiens, les allégations faisant état de l'usage de la torture pour arracher

des confessions, et les préoccupations au sujet de l'impartialité de certains magistrats⁵³.

Cet état de fait n'augure rien de bon pour la réconciliation nationale en Irak. Il n'est pas non plus favorable au développement d'un système judiciaire indépendant, transparent et accessible, qui est l'un des éléments fondamentaux de la reconstruction sociale. En outre, l'insécurité a créé un climat dans lequel les gens sont réticents à parler publiquement des souffrances et des pertes subies sous le régime antérieur. Dans cette situation, la réalisation d'un processus de justice transitionnelle à part entière ne semble pas possible pour le moment.

Ceci dit, il serait tragique de refuser au peuple irakien la justice à laquelle il aspire tant. Ce dont l'Irak a besoin, c'est d'un environnement sûr et d'une autorité légitime pour mettre en œuvre une stratégie globale de justice transitionnelle qui reflète les besoins et les priorités de la majorité des Irakiens. Celle-ci devrait comprendre un large éventail de mesures, englobant les poursuites, les réparations, l'assainissement, la recherche de la vérité et une réforme institutionnelle. Élaborer et réaliser une telle stratégie prendra du temps, et il sera nécessaire de consulter la population de l'ensemble du pays. Il faudra également faire appel à des experts irakiens et internationaux, qui seront assistés par un organisme impartial (de préférence les Nations Unies) et émettront des recommandations à l'adresse du gouvernement irakien.

Pour que cette stratégie soit le plus efficace possible, il faudra l'associer à un processus de reconstruction sociale qui réaffirme et développe les valeurs partagées et les droits humains. Nous avons réalisé une étude avec les survivants de génocides et d'autres violations massives des droits de l'homme dans plus de 12 pays, qui a montré que l'idée de justice va bien au-delà des procès pénaux et des décisions *ex cathedra* des juges⁵⁴. Elle implique d'autres éléments : rendre les biens volés, retrouver et identifier les corps des personnes disparues afin qu'ils puissent être rendus aux proches et ensevelis dans les règles, fournir des réparations et des excuses, mener une vie libre de peurs, assurer des emplois corrects, offrir aux enfants de bonnes écoles et de bons enseignants, et aider ceux qui ont été traumatisés à se remettre des atrocités vécues. En d'autres termes, la justice pénale et la révélation de la vérité ne peuvent pas, à elles seules, cicatriser les blessures des traumatismes individuels et collectifs subis en Irak et dans d'autres pays sortant de longues périodes de répression. Comme le dit Kirsten Campell, « il faut changer fondamentalement l'ordre social qui a rendu possible le traumatisme originel des crimes contre l'humanité⁵⁵ ». En ce sens, la justice en Irak est encore un projet d'avenir.

53 Michael G. Gordon, « Justice from behind the barricades in Baghdad », *New York Times*, 30 juillet 2007.

54 Voir Stover *et al.* (eds) *op. cit.* (note 13), pp. 1-26.

55 Kirsten Campell, « The trauma of justice », presented at the international conference on « Human Fragility: Rights, Ethics, and the Search for Global Justice », University of the West of England (Bristol), janvier 2001.

L'occupation en Irak depuis 2003 et les pouvoirs du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies*

Robert Kolb

Robert Kolb est professeur de droit international public aux universités de Genève et de Neuchâtel

Résumé

Cet article présente un résumé analytique de la question des limites au pouvoir du Conseil de sécurité de déroger au droit d'occupation. Le Conseil ne peut pas déroger aux dispositions du droit international humanitaire qui sont de nature spécifiquement humanitaire (ordre public humanitaire), des dérogations du droit international ou du droit international humanitaire ne sauraient en aucun cas être présumées et le Conseil n'a d'aucune manière dérogé au droit d'occupation dans le cas de l'occupation de l'Irak depuis 2003 : telles sont les réponses à cette question.

.....

L'occupation de l'Irak a mis en exergue un problème latent depuis l'occupation de l'Allemagne et du Japon après la Seconde Guerre mondiale. Il s'agit de la question de savoir jusqu'à quel point le droit d'occupation – qui est basé sur la conservation du *statu quo* dans le territoire occupé jusqu'au retour du souve-

* Original français. La version anglaise de cet article a été publiée sous le titre « Occupation in Iraq since 2003 and the powers of the UN Security Council », *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N° 869, mars 2008, pp. 29-50.

rain légitime, expression de l'autodétermination du peuple autochtone¹ – peut être remodelé ou soumis à dérogation afin de permettre la reconstruction de l'État occupé sous le parapluie d'une opération internationale à laquelle les Nations Unies apportent un certain degré de concours précisément aux fins d'un *nation (re)building*. La volonté et le contrôle de la communauté internationale, exprimés par les Nations Unies, peuvent-ils repousser le respect du *statu quo* issu du droit d'occupation, respect exigé peut-être avant tout de l'occupant non couvert du parapluie des Nations Unies ? Le droit d'occupation pourrait-il être écarté (en tout ou en partie) du moment où les Nations Unies autorisent certaines mesures transformatives ? Ce qui précède revient à se poser deux questions : (1) Le droit d'occupation s'applique-t-il à des opérations mandatées ou chapeautées par les Nations Unies ? (2) Le droit d'occupation peut-il être dérogé par le Conseil de sécurité des Nations Unies en vertu de ses pouvoirs issus de l'article 25 de la Charte et du Chapitre VII de celle-ci ? Autrement dit, dans quelle mesure le droit d'occupation est-il du *jus cogens* pour le Conseil de sécurité ? Nous examinerons ici seulement cette deuxième question.

Le concept de dérogation et le caractère de *jus cogens* du droit d'occupation

Supposons que le régime juridique de l'occupation soit applicable. Est-il admissible d'y apporter des modifications *ad hoc* en fonction des intérêts et nécessités d'une opération donnée ? Si c'est le cas, qui peut les permettre et selon quelles modalités ? De telles dérogations peuvent effectivement apparaître comme étant utiles et constructives. Par exemple : quel sens y aurait-il à demander un respect strict de la législation locale quand une opération internationale est installée pour réaliser des réformes de structure afin de consolider la paix dans un pays donné ? D'un autre côté, de telles manipulations *ad hoc* par le Conseil présentent de nombreux dangers. Le plus éminent d'entre eux est qu'un organe politique s'érige en juge de l'application du droit humanitaire en échafaudant des régimes juridiques sélectifs au cas par cas selon les intérêts politiques de telle ou telle puissance prépondérante en son sein à tel ou tel moment de l'histoire². L'idée même d'un droit objectif en faveur des populations locales pourrait ainsi être mise en danger par un subjectivisme politique sélectif selon les intérêts

1 Article 43 du Règlement de La Haye de 1907.

2 On a récemment vécu de telles manipulations *ad hoc* du Conseil, dans le domaine du droit pénal international : par la Résolution 1422 (2002) le Conseil a enjoint à la Cour pénale internationale de ne pas instruire une affaire et de ne pas commencer des poursuites pendant une période de 12 mois après une date fixée – période d'ailleurs renouvelable – contre des membres d'une opération internationale de maintien ou de rétablissement de la paix établie ou autorisée par le Conseil émanant d'un État non-membre au Statut de la Cour pénale internationale. Cette Résolution visait de fait à octroyer une immunité de blanc-seing au personnel des États-Unis d'Amérique participant dans de telles opérations, car, à défaut d'une telle immunité, les États-Unis menaçaient d'utiliser leur veto contre de telles opérations, ou simplement de ne pas y participer, ce qui les aurait souvent fait capoter. Cf. Sebastian Heselhaus, « Resolution 1422 (2002) des Sicherheitsrates zur Begrenzung des Internationalen Strafgerichtshofs », *ZaöRV*, Vol. 62, 2002, pp. 907ss. Ce régime dérogatoire a entre-temps été abandonné : cf. Eric David, « La Cour pénale internationale », *RCADI*, Vol. 313, 2005, pp. 353-356.

en cause, pour ne pas dire par des marchandages les plus divers et les moins prévisibles.

Le *jus cogens* est une technique juridique qui vise à maintenir l'unité et l'intégrité d'un régime juridique en ne permettant pas sa fragmentation en régimes juridiques plus particuliers qui seraient autrement applicables prioritairement en vertu du principe de la *lex specialis*, et ce dans tous les cas où il existe un intérêt public (collectif) à cet effet. Exemple : l'interdiction de la torture ou de la traite sont considérés comme relevant du *jus cogens* ; le droit n'admet pas, dès lors, à des États ou à d'autres sujets d'adopter des actes juridiques³ qui s'écartent de l'interdiction et qui revendiqueraient de lier les parties qui y ont souscrit dans leurs rapports réciproques en lieu et place de la règle prohibitive générale. Le *jus cogens* constitue donc une limitation du *law-making power* eu égard à l'intégrité de régimes normatifs. Le terme-clé de ce concept de *jus cogens* est donc celui de la « dérogation » ou de la « dérogeabilité ». La dérogation désigne la substitution d'un régime normatif plus restreint *ratione personae* à un régime normatif plus général *ratione personae*, le premier étant prioritairement valable *inter partes*. Dans ces cas, le régime général reste applicable entre les parties qui n'ont pas souscrit au régime spécial, dérogoire ; le régime spécial régit en revanche les relations juridiques entre les parties qui l'ont accepté. La dérogation se distingue ainsi de l'abrogation, qui met un terme objectif, envers tous les sujets, à un régime normatif ; ce dernier cesse dès lors d'exister *erga omnes*. L'indérogeabilité ou l'interdiction de la dérogation vise à interdire aux sujets l'adoption de régimes normatifs applicables entre eux de la manière décrite, et cela pour protéger l'intégrité normative du régime général, considéré indispensable au regard de certaines valeurs sociales (humanitaires, morales, politiques, etc.). C'est là le domaine du *jus cogens*. C'est dans ce sens qu'on recherchera si le DIH et le droit d'occupation peuvent être dérogeés, que ce soit par des États (accord) ou par le Conseil de sécurité (résolution unilatérale)⁴.

La question des limites juridiques au pouvoir du Conseil de sécurité de déroger au droit international humanitaire (et au droit d'occupation en particulier) peut être posée à trois niveaux. D'abord : le Conseil a-t-il la compétence de cette dérogation en vertu du droit de la Charte ? Ensuite : le Conseil est-il lié par le droit international général, dont la grande majorité des normes du droit international humanitaire font partie. Enfin : le droit international humanitaire limite-t-il lui-même la faculté de quiconque de lui apporter des dérogeations⁵. Logiquement, la question qui nous intéresse se présente dans cette séquence : d'abord il faut s'interroger si le Conseil possède une compétence, ensuite si celle-ci est limitée par un corps de droit général ou particulier. La perspective endogène se combine ainsi avec la perspective exogène.

3 Multilatéraux, plurilatéraux, bilatéraux ou unilatéraux.

4 L'acte du Conseil de sécurité a beau être un acte unilatéral (résolution), il n'en demeure pas moins un acte normateur, posant des normes applicables dans une situation d'espèce. En ce sens, il peut « déroger » au droit d'occupation et être soumis à une analyse ressortissant au concept de *jus cogens*.

5 C'est la perspective de *jus cogens*.

Compétence du Conseil de sécurité

La Charte n'affirme nulle part en termes exprès une compétence du Conseil de déroger à des normes de DIH. Ce n'est guère étonnant, car la Charte ne peut pas donner une liste complète, *pro futuro* de surcroît, de toutes les normes auxquelles le Conseil pourrait être appelé à déroger. Il faut donc s'orienter du côté des pouvoirs implicites ou de la pratique subséquente pour avoir une réponse plus claire. Écartons tout de suite cette dernière. Le Conseil a constamment réaffirmé l'importance du respect du DIH et a même considéré à maintes reprises que sa violation constituait une menace contre la paix⁶. Il est donc difficilement imaginable qu'il puisse lui-même y déroger en bloc⁷. Tout au plus faudra-t-il identifier des normes dérogeables ou indérogeables. Quant aux pouvoirs implicites d'écarter le DIH, on pourrait trouver un point d'appui dans l'idée que le Conseil doit posséder la capacité juridique de prendre toutes les mesures censées être nécessaires au maintien et au rétablissement de la paix. Le Chapitre VII de la Charte a une telle importance, et donc une telle prééminence, reconnues d'ailleurs par la Charte (voir les articles 25 et 103), qu'il faut estimer qu'à chaque fois qu'une norme du droit international externe à la Charte s'oppose à la réalisation de ce but suprême, elle doit pouvoir céder devant lui. On pourrait excepter des normes indérogeables restant à être identifiées. Cette lecture de la Charte accroît les pouvoirs du Conseil. Elle s'inscrit dans la ligne de pensée qui voit dans le maintien de la paix et dans les pouvoirs du Chapitre VII, ainsi que dans la Charte en général, une espèce de constitution suprême de la communauté internationale⁸. Cette constitution posséderait une primauté intrinsèque et l'emporterait sur tout obstacle. Rien ne résisterait à son ébranlement, sauf peut-être le *jus cogens*⁹.

6 Voir Jochen A. Frowein et Nico Kirsch, « Article 41 », dans Bruno Simma, *The Charter of the UN: A Commentary*, 2^e éd., Oxford, 2002, pp. 724-725 avec des renvois. On peut mentionner les cas suivants à titre d'exemples: Yougoslavie (Résolution 771, 1991; Résolution 836, 1993); Somalie (Résolution 794, 1992), Rwanda (Résolution 918, 1994; Résolution 929, 1994); Haïti (Résolution 940, 1994), Timor oriental (Résolution 1264, 1999; Résolution 1272, 1999), Sierra Leone (Résolution 1306, 2000). Voir aussi Fred Grünfeld, « Human Rights Violations: A threat to International Peace and Security », dans: Monique Castermans-Holleman e.a (éds), *The Role of the Nation State in the 21st Century*, Essays in Honour of P. Baehr, La Haye, 1998, pp. 427ss.

7 David Schweigman, *The Authority of the Security Council under Chapter VII of the UN Charter*, La Haye / Boston / Londres, 2001, p. 180: « A rather awkward conclusion would ensue from the assumption that the Council itself can employ measures of which it has indicated that they threaten international peace and security ».

8 Sur cette idée de constitution, développée surtout dans la doctrine allemande, voir Christian Walter, « International law in a process of constitutionalization », dans J. Nijman et A. Nollkaemper (eds), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford, 2007, pp. 191ss; Régis Chemain et Alain Pellet (éds.), *La Charte des Nations Unies, Constitution mondiale?* Paris, 2006; Pierre-Marie Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international », *Recueil des cours. Hague Academy of International Law*, Vol. 297, 2002, pp. 215ss; Bardo Fassbender, *UN Security Council Reform and the Right of Veto*, La Haye / Londres / Boston, 1998, pp. 89ss.

9 Selon l'opinion d'Elihu Lauterpacht dans l'affaire de l'Application de la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*. Mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1993, p. 440, par. 100: « La notion de *jus cogens* fait fonction de norme supérieure à la fois pour le droit international coutumier et le traité. Le secours que l'article 103 de la Charte peut apporter au Conseil de sécurité en cas de conflit entre l'une de ses décisions et une obligation conventionnelle en vigueur ne saurait – par le simple jeu de la hiérarchie des normes – s'étendre à un conflit entre une résolution du Conseil de sécurité et le *jus cogens*. De fait, il suffit

Mais on peut aussi prendre les choses par l'autre bout et se demander, pour ce qui est du DIH, s'il ne serait pas nécessaire de demander une base juridique expresse pour permettre une dérogation à un corps juridique lui-même aussi fondamental. Le DIH fait partie des normes de civilisation essentielles. Celles-ci sont largement « verrouillées » par le truchement de normes spéciales contenues dans ce corps du droit (les articles 7, 8, 47, dans la Convention de Genève IV). Elles sont considérées fondamentales par le Conseil lui-même, qui en exige le respect par tous les acteurs internationaux et infra-étatiques dans nombre de cas. Elles constituent des standards de valeur vers lesquels tous les efforts des Nations Unies doivent tendre en vertu des articles 1 et 55 de la Charte. Dès lors, selon F. Seyersted¹⁰, le pouvoir d'interférer avec les règles « militaires et humanitaires » de la guerre a une telle portée et une telle gravité qu'il devrait probablement être prévu expressément par la Charte pour être exercé. Or, toute norme habilitatrice fait défaut. Au regard de la matière et des conséquences attendues, il n'est pas non plus possible, selon Seyersted, d'impliquer une telle compétence. Des prises de position similaires se trouvent chez d'autres auteurs, parfois dans des contextes plus circonscrits¹¹. On peut en effet douter que le fait d'écarter le DIH puisse jamais être nécessaire pour le maintien de la paix, voire même qu'une telle mesure puisse faire en quoi que ce soit avancer la paix et la sécurité internationale. L'impossibilité de dérogation culminerait ici dans une fiction juridique liée aux conditions de mise en œuvre du Chapitre VII.

En somme, on peut retenir l'idée que la Charte confère au Conseil de sécurité uniquement le pouvoir de déroger à des normes précises du DIH et du droit d'occupation, mais non pas à ces corps juridiques en bloc. Un pouvoir tellement grave et tellement contraire à la pratique même du Conseil ne peut être impliqué. De plus, bien évidemment, il n'est pas prévu expressément, ni n'a été développé par la pratique subséquente. La pratique subséquente plaide d'ailleurs contre toute implication selon laquelle une telle dérogation en bloc serait « nécessaire » à l'exercice des fonctions pour maintenir ou rétablir la paix internationale.

Applicabilité du droit international général

En tant que sujet du droit international, toute organisation internationale est liée par le droit international dans lequel elle se meut et sur lequel est fondé son

d'énoncer la proposition inverse – à savoir qu'une résolution du Conseil de sécurité peut aller jusqu'à exiger la participation à un génocide – pour que l'on constate qu'un tel critère est inacceptable». Sur les limitations du Conseil de sécurité au regard du *ius cogens*, voir aussi Alexander Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford, OUP, 2006, pp. 423ss.

10 Voir Finn Seyersted, *United Nations Forces in the Law of Peace and War*, Leide, 1966, pp. 206-7.

11 Voir par exemple Henri Meyrowitz, *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, Paris, 1970, pp. 168-169: « Aucune disposition de la Charte ne confère, explicitement ou implicitement, au Conseil de sécurité la compétence de modifier les lois de la guerre en prescrivant ou en autorisant l'application inégale de ces lois vis-à-vis d'un État agresseur. [...] [U]ne résolution du Conseil qui ordonnerait ou autoriserait, dans l'exécution de cette action armée, la discrimination au regard des règles du *jus in bello* [...] serai[t] illégale ».

instrument constitutif, en vertu duquel elle existe et détient des pouvoirs et compétences. Cette applicabilité du droit international général n'est cependant pas illimitée. Il y a toute une série de normes générales qui s'appliquent *intuitu personae* aux seuls États. L'exemple le plus simple est fourni par le principe de souveraineté. Les pouvoirs du Conseil de sécurité sont par nature gravement dérogoratoires du droit international général. En effet, le Conseil possède le pouvoir de décider d'actions les plus variées, y compris militaires, de décider des moyens de les mettre en œuvre et de conférer à ces décisions force contraignante. L'action du Chapitre VII suppose par essence une dérogoration à toutes les normes les plus élémentaires du droit coutumier inter-étatique : au non-recours à la force ; à la non-intervention dans les affaires intérieures (ce que reconnaît l'article 2, paragraphe 7 de la Charte en statuant expressément une exception pour le Chapitre VII) ; au respect de la souveraineté et de l'intégrité territoriales ; etc.¹². Ainsi, un degré de dérogoration important au droit coutumier général est déjà implicite dans les pouvoirs « exorbitants du Conseil ». Malgré que certains auteurs doutent de la possibilité de ce dernier de se libérer du droit coutumier parce que l'article 103 de la Charte n'assure *expressis verbis* la priorité des obligations en vertu de la Charte que par rapport aux obligations conventionnelles concurrentes¹³ et non aux obligations coutumières concurrentes¹⁴, la doctrine majoritaire et la pratique constante montrent que le Conseil n'est pas lié, dans l'exercice de ses fonctions en vertu du Chapitre VII, à l'ensemble du droit international général¹⁵. De même, l'État *uti singulus*¹⁶ n'est pas non plus toujours lié au droit international général : il peut l'écarter quand il agit en contre-mesures, à condition de respecter les règles générales secondaires que le droit établit à propos de cette action spécifique¹⁷.

12 On peut évoquer aussi, par exemple, les décisions de « blocus » maritime, qui dérogent au principe du pavillon et de la liberté des mers : cf. Danesh Sarooshi, *The United Nations and the Development of Collective Security*, Oxford, 1999, pp. 194ss, 263ss, avec les cas de la Rhodésie du Sud (1965/1966), de l'Irak (1990), de Haïti (1993) et de Yougoslavie (1993).

13 Il en était ainsi parce que l'objectif de cet article n'était initialement que de neutraliser la règle ordinaire de collision des traités (la règle de la *lex specialis vel posterior*) en assurant à cet égard la priorité de la Charte. Par rapport au droit coutumier, cette précision pouvait sembler inutile, car le droit de la Charte étant plus spécial, il l'emporte selon les règles ordinaires (*lex specialis*).

14 Voir par exemple Alix Toublanc, « L'article 103 et la valeur juridique de la Charte des Nations Unies », *Revue générale de droit international public*, Vol. 108, 2004, p. 446. L'auteur affirme donc que l'article 103 n'assure pas la priorité de la Charte par rapport à ces obligations coutumières, si bien que la possibilité du Conseil de sécurité de s'en écarter avec succès s'amenuise considérablement au plan du droit.

15 Voir Jochen A. Frowein et Nico Kirsch, *op. cit.* (note 6), p. 711 ; Hans Kelsen, *The Law of the United Nations*, Londres, 1951, p. 730 ; Terry. D. Gill, « Legal and Some Political Limitations on the Power of the UN Security Council to Exercise its Enforcement Powers Under Chapter VII of the Charter », *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 26, 1995, pp. 61ss ; Bernd Martenczuk, *Rechtsbindung und Rechtskontrolle des Weltsicherheitsrats*, Berlin, 1996, pp. 219ss ; Karl Zemanek, « The Legal Foundations of the International System », *Recueil des cours. Hague Academy of International Law*, Vol. 266, 1997, p. 232 ; Schweigman, *op.cit.* (note 7), pp. 195ss ; Erika De Wet, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Oxford / Portland, 2004, pp. 182ss ; etc.

16 Il ne s'agit pas ici de la situation de dérogoration par accord entre deux ou plusieurs États, mais bien d'écarts à la règle générale par un sujet seul, écarts permis par le droit coutumier.

17 Karl Zemanek, *op.cit.* (note 15), p. 232.

Ce qui précède ne veut donc pas dire que le Conseil est entièrement libre par rapport au droit coutumier. Ce serait contraire à la nature juridique des organisations internationales. Ce serait contraire aussi à la praticabilité et à la raison. Il y a deux limitations principales. Tout d'abord, la règle générale est que le Conseil ne doit s'écarter du droit international *qu'autant que sa mission l'exige impérieusement*, c'est-à-dire le moins possible¹⁸. Le droit international est l'ordre juridique de la communauté des États. C'est l'ordre que l'expérience historique a forgé comme le plus proche des exigences de la justice internationale et comme réalité normative essentielle à la survie de la communauté des États. C'est l'ordre qui enveloppe le Conseil et établit son lien avec le monde interétatique. Cet ordre doit être troublé aussi peu que possible. La présomption reste donc toujours en faveur du droit international. C'est au Conseil d'établir la nécessité impérieuse d'y déroger. En droit, elle ne sera pas présumée. La pratique du Conseil ne respecte pas suffisamment ce précepte. Les Puissants ont de plus en plus la fâcheuse tendance à se considérer au-dessus du droit. En second lieu, *le Conseil ne saurait être libre par rapport à toutes les règles du droit coutumier*. Il y en a qui s'imposent à lui. On peut considérer ces règles comme faisant partie d'un droit international général applicable spécifiquement au Conseil de sécurité et le liant à l'instar de ce que fait le droit coutumier pour les États; ou alors on peut considérer ces règles comme faisant partie du *jus cogens* qui lie l'ensemble des États et des autres sujets du droit international indistinctement, y compris le Conseil de sécurité¹⁹. Dans les deux cas, le Conseil ne pourrait pas s'écarter du droit général ainsi posé. Celui-ci serait pour lui infranchissable, c'est-à-dire « intransgressible »²⁰ et « indérogeable ». Peu importe la construction juridique. On est en tout cas renvoyé vers les plages de la dérogeabilité des normes. C'est vers cette question qu'il faut maintenant se tourner, dans une perspective bien précise toutefois, celle du droit humanitaire.

Dérogeabilité / *jus cogens*

Le droit international humanitaire constitue-t-il du *jus cogens* de droit international général? Est-ce que le Conseil de sécurité peut écarter le droit des conflits armés et, en utilisant ses pouvoirs en vertu de la Charte, prévoir

18 Cette exigence de nécessité est soulignée, y compris dans le contexte du droit international humanitaire, par Évelyne Lagrange, « Le Conseil de sécurité peut-il violer le droit international? », *Revue belge de droit international*, Vol. 37, 2004, p. 590.

19 On reviendra sur ce point. Comparer par exemple Schweigman, *op. cit.* (note 12), p. 197; De Wet, *op. cit.* (note 12), pp. 187ss.

20 Ce terme est employé dans l'affaire de la *licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, CIJ, *Recueil*, 1996, p. 257, paragraphe 79: « Ces règles fondamentales [du droit international humanitaire] s'imposent d'ailleurs à tous les États ... parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier ». Sur ce concept, voir les réflexions dans Robert Kolb, « *Jus cogens*, intangibilité, intransgressibilité, dérogation 'positive' et 'négative' », *Revue générale de droit international public*, Vol. 109, 2005, pp. 305ss.

des règles particulières qui s'imposeraient aux États membres et aux Forces des Nations Unies en vertu des articles 25 et 103 de la Charte en tant que *lex specialis* contraignante ? Si un tel pouvoir existe, où faut-il juridiquement en tracer les limites ? Jusqu'à quel point l'ordre public du droit de la Charte peut-il s'assurer la priorité sur le droit des conflits armés qui représente lui aussi un droit imprégné de l'idée d'un ordre public international ?²¹

Quelques auteurs, parmi lesquels on peut citer L. Condorelli²², estiment que le Conseil doit *respecter le droit international humanitaire dans son intégralité*. La règle conventionnelle²³ et coutumière selon laquelle le droit international humanitaire doit être « respecté en toutes circonstances » s'applique à tous les sujets du droit international, y compris au Conseil, parce qu'il touche essentiellement à des garanties minimales pour l'individu. On peut apparenter à ce courant ceux, comme E. David²⁴, qui estiment que la grande majorité de règles du droit des conflits armés appartiennent au *jus cogens* parce que ce droit constituerait un ultime rempart contre la barbarie. Par conséquent, son application ne saurait être subordonnée à l'accord contraire des États ou à la volonté discrétionnaire d'un organe international. D'autres auteurs choisissent

21 Sur la nature du *jus cogens* en droit international humanitaire, voir aussi la thèse de doctorat de Catherine Maia, *Le concept de jus cogens en droit international public*, thèse de l'Université de Bourgogne, 2006, pp. 611ss.

22 Voir Luigi Condorelli, « Le statut des Forces des Nations Unies et le droit international humanitaire », dans : Claude Emanuelli (éd.), *Les casques bleus : policiers ou combattants ?*, Montréal, 1997, pp. 105-6.

23 Article 1 commun des Conventions de Genève de 1949. Sur cette disposition, voir Luigi Condorelli et Laurence Bissou de Chazournes, « Quelques remarques à propos de l'obligation des États 'de respecter et faire respecter le droit international humanitaire en toutes circonstances' », *Mélanges J. Pictet*, CICR/Martinus Nijhoff, Genève / La Haye, 1984, pp. 17ss. Nicolas Levrat, « Les conséquences de l'engagement pris par les Hautes Parties contractantes de 'faire respecter' les Conventions humanitaires », dans : Frits Kalshoven et Yves Sandoz (éds), *Mise en œuvre du droit international humanitaire*, Dodrecht, 1989, pp. 263ss. Kamen Sachariw, « State's Entitlement to Take Action to Enforce International Humanitarian Law », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 71, 1989, pp. 177ss; Paolo Benvenuti, « Ensuring Observance of International Humanitarian Law: Function, Extent and Limits of the Obligations of Third States to Ensure Respect of International Humanitarian Law », *Yearbook of the Institute of Humanitarian Law* (San Remo), 1992, pp. 27ss. Hans-Peter Gasser, « Ensuring Respect for the Geneva Conventions and Protocols: The Role of Third States and the United Nations », dans : Hazel Fox et Michael A. Meyer (éds), *Armed Conflict and the New Law*, Vol. II, Londres, 1993, pp. 15ss. Giovanni Casalta, « L'obligation de respecter et de faire respecter le droit humanitaire lors des opérations militaires menées ou autorisées par l'ONU », *Droit et défense*, Vol. 97/3, 1997, pp. 13ss; Fateh Azzam, « The duty of third states to implement and enforce international humanitarian law », *Nordic Journal of International Law*, Vol. 66, 1997, pp. 55ss; Frits Kalshoven, « The Undertaking to Respect and Ensure Respect in All Circumstances: From Tiny Seed to Ripening Fruit », *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 2, 1999, pp. 3ss. Birgit Kessler, *Die Durchsetzung der Genfer Abkommen von 1949 in nicht internationalen bewaffneten Konflikten auf Grundlage ihres gemeinsamen Artikels 1*, Berlin, 2001. Birgit Kessler, « The duty to 'ensure respect' under Common Article 1 of the Geneva Conventions », *German Yearbook of International Law*, Vol. 44, 2001, pp. 498ss. Voir aussi : CICR (éd.), *Commentaire des Protocoles Additionnels*, Genève, 1986, pp. 34ss., et l'affaire des Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, CIJ, Recueil, 2004, para. 154ss.

24 Eric David, *Principes de droit des conflits armés*, 2^e éd., Bruxelles, 1999, p. 85. Voir aussi Lauri Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law. Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki, 1988, p. 622. Stefan Kadelbach, *Zwingendes Völkerrecht*, Berlin, 1991, pp. 70-1. Stefan Kadelbach, « Zwingende Normen des humanitären Völkerrechts », dans : *Humanitäres Völkerrecht*, Informationsschrift, Vol. 5/3, 1992, pp. 118-124.

d'emblée de limiter les normes du droit des conflits armés inaltérables par le Conseil à l'ordre public humanitaire, c'est-à-dire à un réduit de normes du droit des conflits armés censées essentielles notamment pour la protection de la personne humaine. Ainsi, selon D. Schindler²⁵, le droit des conflits armés indérogable correspond au noyau dur (*Kerngehalt*) de celui-ci. Ce noyau est formé par les règles à visée humanitaire, par exemple celles sur les moyens et méthodes de combat ou celles sur la protection des victimes. Le Conseil ne pourrait d'ailleurs pas s'écarter de ces normes dont le but est d'offrir une protection élémentaire à l'individu. Certains auteurs, notamment aux États-Unis d'Amérique, sont plus déférents aux pouvoirs du Conseil. Les règles du droit des conflits armés, mais aussi des règles appartenant au droit international humanitaire *stricto sensu*, pourraient être écartées par le Conseil en cas d'urgence. Les dérogations ne seraient permises que s'il y a une décision du Conseil en bonne et due forme et en vertu du Chapitre VII, et si les dérogations sont temporaires, proportionnelles et strictement limitées aux exigences incompressibles de la situation. Le Conseil ne pourrait dispenser en aucun cas des garanties fondamentales, surtout celles contenues à l'article 3 commun des quatre Conventions de Genève (1949)²⁶. Dans les temps les plus récents, nombre d'auteurs²⁷, insécurisés par les développements de la pratique suite à la guerre en Irak (2003), ne serrent plus de près la question du degré de dérogation admise. Ils se contentent de supposer, très sommairement, que l'action du Conseil en vertu du Chapitre VII, en combinaison avec les articles 25 et 103 de la Charte, l'emporte sur le droit des conflits armés – cela est noté avec une pointe de satisfaction ou de regret, selon les cas. Or, une telle position suppose ce qui est à prouver.

25 Voir Dietrich Schindler, « Probleme des humanitären Völkerrechts und der Neutralität im Golfkonflikt 1990/91 », *Revue suisse de droit international et européen*, Vol. 1, 1991, p. 12. Voir aussi Dietrich Schindler, « Die erga-omnes Wirkung des humanitären Völkerrechts », dans : *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung*, Berlin, 1995, pp. 199ss. Dans le contexte du droit d'occupation, voir par exemple: Odile Debbasch, *L'occupation militaire: Pouvoirs reconnus aux forces armées hors de leur territoire national*, Paris, LGDJ, 1962, p. 419; David J. Scheffer, « Beyond Occupation Law », *American Journal of International Law*, Vol. 97, 2003, pp. 843, 849; Daniel Thürer and Malcolm McLaren, 'Ius Post Bellum' in Iraq: A Challenge to the Applicability and Relevance of International Humanitarian Law?, in *Festschrift für Jost Delbrück*, Berlin, 2005, p. 763; Marten Zwanenburg, « Existentialism in Iraq: Security Council Resolution 1483 and the Law of Occupation », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, N° 856, décembre 2004, p. 763; Massimo Starita, « L'occupation de l'Iraq: Le Conseil de sécurité, le droit de la guerre et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes », *Revue générale de droit international public*, Vol. 108, N° 4, 2004, p. 903.

26 Voir Brian D. Tittmore, « Belligerents in Blue Helmets: Applying International Humanitarian Law to United Nations Peace Operations », *Stanford Journal of International Law*, Vol. 33, 1997, pp. 105-106. Que l'article 3 commun des Conventions de Genève constitue du *jus cogens* est généralement accepté: voir Hans-Peter Gasser, *Le droit international humanitaire*, Genève / Berne, 1993, p. 74. La pratique Suisse l'affirme aussi à plusieurs reprises: voir *Revue suisse de droit international et européen*, vol. 9, 1999, p. 711; *Revue suisse de droit international et européen*, vol. 11, 2001, p. 604.

27 Voir, le plus souvent dans le contexte du droit d'occupation, Marco Sassóli, « Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers », *European Journal of International Law*, Vol. 16, 2005, pp. 681, 683-684, 690; M. Zwanenburg, *op.cit.* (note 25), p. 763; Steven R. Ratner, Foreign Occupation and International Territorial Administration: The Challenges of Convergence, *European Journal of International Law*, Vol 16, N° 4, 2005, p. 710; Gregory H. Fox, « The Occupation of Iraq », *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 36, hiver 2005, pp. 296-297.

Il semble utile de retenir la notion d'ordre public humanitaire. Elle harmonise de la façon la plus équilibrée les prérogatives d'action et les exigences de flexibilité du Conseil de sécurité d'un côté, et les impératifs humanitaires dont l'action du Conseil, y compris dans son intérêt propre, ne doit pas se départir, de l'autre. Une telle construction nuancée est utile surtout pour ce qui est du droit d'occupation. En résumant, l'idée générale qui sous-tend notre analyse est que le Conseil peut déroger en établissant des règles spéciales au droit des conflits armés « non spécifiquement humanitaire ». Dans le droit de l'occupation, c'est le cas des normes ne prévoyant pas des protections spécifiques pour l'individu. Il s'agit des dispositions du Règlement de La Haye de 1907 qui touchent à l'administration du territoire occupé, par exemple à la manière de traiter la propriété publique de l'État occupé : l'usufruit prévu par l'article 55 du Règlement. Le Conseil ne peut en revanche pas déroger à l'ordre public humanitaire, c'est-à-dire aux normes du droit international humanitaire au sens strict. Il s'agit des normes touchant aux protections fondamentales des individus en cas de conflit armé. L'effort de préciser ces normes une par une sera entrepris dans une autre étude, à laquelle nous ne pouvons ici que renvoyer²⁸.

Application au cas de l'Irak (2003-...)

L'occupation de l'Irak suite à l'invasion de la coalition d'États volontaires autour des États-Unis d'Amérique²⁹ fournit quelques enseignements significatifs. Comme on le verra, ces enseignements sont toutefois limités, tant les résolu-

28 Robert Kolb et Sylvain Vité, *Problèmes contemporains du droit d'occupation de guerre*, à paraître en 2008, chez Bruylant, Bruxelles.

29 Sur cette intervention sous l'angle du *jus ad bellum*, voir notamment les contributions dans *American Journal of International Law*, Vol. 97, 2003, pp. 553ss et dans Karine Bannelier, Olivier Corten, Théodore Christakis et Pierre Klein (éds), *L'intervention en Irak et le droit international*, Paris, 2004. Voir aussi Michael Bother, « Der Irak-Krieg und das völkerrechtliche Gewaltverbot », *Archiv des Völkerrechts*, Vol. 41, 2003, pp. 255ss; Thomas Bruat, « Irak-Krieg und Vereinte Nationen », *Archiv des Völkerrechts*, Vol. 41, 2003, pp. 295ss; Christopher Clarke-Posteraro, « Intervention in Iraq: Towards A Doctrine of Anticipatory Counter-Terrorism, Counter-Proliferation Intervention », *Florida Journal of International Law*, Vol. 15, 2002, pp. 151ss; Olivier Corten, « Opération 'Iraqi Freedom': peut-on admettre l'argument de l'autorisation implicite du Conseil de sécurité? », *Revue belge de droit international*, Vol. 36, 2003, pp. 205ss; Rainer Hofmann, « International Law and the Use of Military Force Against Iraq », *German Yearbook of International Law*, Vol. 45, 2002, pp. 9ss; Patrick McLain, « Settling the Score with Saddam: Resolution 1441 and Parallel Justifications for the Use of Force Against Iraq », *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 13, 2003, pp. 233ss; Paolo Picone, « La guerra contro l'Iraq e le degenerazioni dell'unilateralismo », *Rivista di diritto internazionale*, Vol. 86, 2003, pp. 329ss; W. Michael Reisman, « Assessing Claims to Revise the Laws of War », *American Journal of International Law*, Vol. 97, 2003, pp. 82ss; Christian Schaller, « Massenvernichtungswaffen und Präventivkrieg – Möglichkeiten der Rechtfertigung einer militärischen Intervention im Irak aus völkerrechtlicher Sicht », *Zeitschrift für ausländisch öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 62, 2002, pp. 641ss; Pierre-Marie Dupuy, « Sécurité collective et coopération multilatérale », dans: *Le droit international à la croisée des chemins*, VI^e rencontre internationale de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Paris, 2004, pp. 61ss, 72ss. Les Alliés des États-Unis dans la guerre en Irak ont été notamment : le Royaume-Uni, l'Australie, l'Espagne, l'Italie, le Japon, la Pologne, le Portugal. Les sites officiels du Gouvernement américain indiquent, de manière bien généreuse et indiscriminée, le chiffre de 49 États : <http://www.whitehouse.gov/infocus/iraq/news/20030327-10.html> (dernière consultation le 26 novembre 2007).

tions du Conseil de sécurité brillent par l'ambivalence, l'ambiguïté, la retenue. Autrement dit : tant les préoccupations politiques immédiates l'ont emporté sur des considérations juridiques de principe. Il ne faut guère s'en étonner. Le Conseil est un organe politique. De plus, il est un organe agissant dans l'urgence.

La question qui nous intéressera n'est pas celle de savoir si les forces d'occupation en Irak ont violé le droit d'occupation. Il y a peu de doutes qu'il en soit ainsi. La doctrine est pratiquement unanime à cet égard³⁰. Elle évoque notamment l'absence de préparation adéquate pour maintenir l'ordre dans les premiers jours après l'invasion³¹ et les réformes de structure profondes de l'économie irakienne³². L'une des réformes les plus discutées est celle, radicale, du droit des investissements étrangers. Par l'Ordonnance n° 39 (2003) de l'Autorité provisoire, l'Irak est intégralement ouvert à de tels investissements étrangers. Toute législation antérieure, plus restrictive, est abrogée. Le degré d'ouverture semble outrepasser celle en vigueur dans tout autre État du monde. De plus, les investisseurs étrangers ne sont plus soumis au devoir de réinvestir une partie des profits en Irak. Tout bénéfice peut être exporté³³. Ce privilège n'était concédé dans l'ancien droit de l'Irak qu'aux seuls ressortissants d'États arabes³⁴. Cette réforme de structure, à laquelle ni la sécurité de l'armée d'occupation ne forçait ni le maintien de la vie civile n'obligeait, est manifestement contraire à l'article 43 du Règlement de 1907, sauf si, le cas échéant³⁵, une résolution du Conseil de sécurité l'autorisait. Cela nous mène à la question qu'il s'agit de serrer de plus près ici : le Conseil a-t-il dérogé au droit d'occupation dans le cas de l'Irak ? Comme on le verra, ce n'est pas le cas.

30 Voir Sassóli, *op.cit.* (note 27), pp. 679, 694 ; M. Zwanenburg, *op.cit.* (note 25), pp. 757-759 ; Starita, *op.cit.* (note 25), pp. 886ss ; Kaiyan Homi Kaikobad, « Problem of Belligerent Occupation: the Scope of Powers Exercised by the Coalition Provisional Authority in Iraq, April/May 2003-June 2004 », *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, Issue 1, p. 260 (qui parle de nullité des réformes contraires au droit d'occupation) ; G.H. Fox, *op.cit.* (note 27), pp. 202ss, 240ss, 295-296 ; Adam Roberts, « The End of Occupation in Iraq (2004) », *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, N° 1, January 2005, pp. 36ss ; Adam Roberts, « Transformative Military Occupation: Applying the Laws of War and Human Rights », *American Journal of International Law*, Vol. 100, 2006, pp. 614-615.

31 Voir Hans-Peter Gasser, « From military invitation to occupation of territory: New relevance of international law of occupation », dans Horst Fischer, Ulrike Froissart, Wolff Heintschel von Heinegg, Christian Raap (éds), *Crisis Management and Humanitarian Protection: In honour of Dieter Fleck*, Berlin, 2004, p. 154 ; D.J. Scheffer, *op.cit.* (note 25), pp. 853ss.

32 Libéralisation complète de l'économie et des échanges, ouverture presque complète du pays à des investissements étrangers, abolition des devoirs de réinvestissement dans le pays, réforme complète du système de taxation, etc.). Voir notamment les Ordonnances numéros 37, 39, 64 de l'Autorité provisoire de la coalition portant sur la taxation, le droit des investissements, et le droit des sociétés.

33 On voit donc l'utilité de cette réforme pour les nombreux investisseurs des États-Unis d'Amérique.

34 Voir Marten Zwanenburg, *op. cit.* (note 25), p. 757. L'Autorité provisoire a avancé l'argument qu'elle était autorisée à entreprendre ces réformes en vertu de la Résolution 1483 du Conseil de sécurité. C'est inexact : voir *infra* dans le texte.

35 On a déjà dit que le Conseil ne possède pas une liberté illimitée. De plus, comme le souligne Sassóli, *op.cit.* (note 27), p. 694, même dans le cas d'une ACIT (dans laquelle le droit d'occupation ne s'applique peut-être pas entièrement et *de jure*), des réformes profondes devraient être laissées au peuple administré, en vertu du principe d'autodétermination : « [E]ven a UN administration should not introduce such fundamental changes, but at the utmost suggest them to the population of the territory it administers as a solution to their problems ». Voir aussi Hazel Fox, *op.cit.* (note 23), pp. 267-268, 276.

Avant de plonger *in medias res*, quelques remarques liminaires sont de mise :

- a) Notons tout d'abord que les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité exigent toutes, explicitement ou par renvoi, le respect du DIH et du droit d'occupation. Ainsi, dans la Résolution clé 1483 (2003), établissant le régime de l'Irak après la fin de la phase des hostilités (malgré que la résistance continuât), il est dit que le Conseil prend note des lettres des représentants des États-Unis d'Amérique et du Royaume-Uni par lesquelles ils « reconnaissent les responsabilités et obligations spécifiques de ces États en tant que puissances occupantes agissant sous un commandement unifié [...], en vertu du droit international » (paragraphe 13 du Préambule). Ce constat est déclaratif et non constitutif. Le Conseil reconnaît une obligation préexistante à laquelle les États en cause se soumettent ; il ne la crée pas. C'est l'une des raisons pour lesquelles ce constat figure dans un paragraphe préambulaire. Ensuite, dans la Résolution 1546 (2004), visant à consacrer la fin de l'occupation, on trouve deux paragraphes pour le moins équivoques. D'un côté, la Résolution affirme que l'occupation de l'Irak va cesser à la date du 30 juin 2004 (paragraphe 2)³⁶. Il s'agit du moment prévu pour la passation des pouvoirs entre l'Autorité provisoire de la coalition et le Gouvernement provisoire de l'Irak. Or, le paragraphe 17 du Préambule rappelle que « toutes les forces qui agissent en faveur du maintien de la sécurité et de la stabilité en Iraq se sont engagées à se conformer au droit international, y compris aux obligations qui découlent du droit international humanitaire... ». On sait que le droit d'occupation est une partie du DIH. Il y a donc au moins une ambiguïté entre les deux paragraphes : le droit d'occupation semble ne plus devoir s'appliquer ; mais à travers le droit humanitaire, dont la Convention IV de Genève, qui contient le droit d'occupation, fait partie, il pourrait dans une certaine mesure maintenir son emprise. Et en effet on voit mal les forces post-occupationnelles (selon la qualification du Conseil) ne pas respecter les dispositions humanitaires de la Convention IV.
- b) Le Conseil peut déroger au droit d'occupation, ou, plus précisément, à certaines de ses dispositions. Toutefois, une telle dérogation ne saurait être présumée. En effet, elle écarte le droit international ordinairement applicable.

³⁶ Le constat est contenu cette fois dans le corps du texte de la Résolution, paragraphe 2, mais qui semble tout aussi déclaratoire et non constitutive : ainsi, en fait, l'occupation aurait cessé dès le 27 juin 2004, puisque l'Autorité a remis formellement ses pouvoirs au Gouvernement provisoire de l'Irak avec trois jours d'anticipation. Il serait probablement faux de penser que le Conseil eût voulu maintenir le droit d'occupation entre le 27 et le 30 juin, malgré cette remise des pouvoirs. Or, s'il en est ainsi, le constat est déclaratif et non constitutif. L'essentiel, dans l'optique du Conseil, est de savoir quand l'Autorité aurait rendu son pouvoir. On peut en revanche s'interroger si ce constat-là n'est pas constitutif : le Conseil ne lie-t-il pas de manière obligatoire pour tous les membres des Nations Unies le principe d'effectivité tel que prévu à l'article 42 du Règlement à la passation de pouvoirs entre l'Autorité et le Gouvernement provisoire ? Si cela est vrai, toute effectivité postérieure à cette date ne serait plus une occupation selon la Résolution, mais pourrait en être une selon l'article 42 du Règlement. Sur ces aspects, voir *infra* dans le texte.

Qui plus est, elle s'exempte de normes du droit international de grande importance, comme le souligne la Convention de Genève IV à travers ses techniques de verrouillage contenues dans les articles 7, 8 et 47. Une dérogation à un tel corps juridique doit donc être établie clairement et par une disposition ayant un caractère contraignant. On ne saurait, par exemple, déroger au droit international en exprimant un vœu, une recommandation, une orientation. On ne saurait pas non plus y déroger par une attitude équivoque, prêtant à interprétation incertaine. Les marchandages politiques ne peuvent pas se faire sur le dos du droit humanitaire. Ce n'est donc qu'une décision claire dans son injonction et contraignante au sens de l'article 25 de la Charte qui peut écarter des normes du droit international autrement applicables. Dès lors, toute ambiguïté dans le mandat du Conseil de sécurité doit être interprétée contre l'idée de dérogation.

Considérons désormais séparément l'aspect préliminaire (applicabilité du droit d'occupation) et l'aspect matériel (dérogation aux garanties substantielles du droit d'occupation).

L'applicabilité du droit d'occupation

Quant à l'applicabilité du droit d'occupation, les résolutions du Conseil offrent à l'analyse critique deux aspects. D'abord, le Conseil semble s'autoriser à affirmer *qui est occupant et qui ne l'est pas*. Ensuite, le Conseil semble se permettre de déterminer le moment de la *fin de l'occupation*.

Ratione personae : *qui est occupant ?*

Tournons-nous d'abord vers la qualification de l'occupant et par opposition de celui qui ne l'est pas. Dans le Préambule de la Résolution 1483 (2003) – texte fondateur comparable la Résolution 1244 (1999) pour le Kosovo – on peut lire que le Conseil prend note de la lettre des représentants des États-Unis d'Amérique et du Royaume-Uni par lesquelles ces États « reconnaissent les responsabilités et obligations spécifiques de ces États en tant que puissances occupantes agissant sous un commandement unifié [...], en vertu du droit international » (paragraphe 13 du Préambule). Dans le paragraphe suivant, le Conseil prend note « que d'autres États qui ne sont pas des puissances occupantes travaillent actuellement ou pourraient travailler sous l'égide de l'Autorité » (paragraphe 14 du Préambule). Il s'agit d'États comme l'Espagne, la Pologne, le Japon. Comme le rappellent beaucoup d'auteurs³⁷, le but de ces dispositions peu heureuses du Préambule de la Résolution 1483 était de libérer les États secondaires présents en Irak du fardeau de l'étiquette de « puissances occupantes ». Ce qualificatif, ressenti comme très négatif – presque infamant – en Europe et aux États-Unis après la Seconde guerre mondiale, s'avérait encombrant pour ces États du

37 Voir par exemple Adam Roberts, *op.cit.* (note 30), p. 33.

point de vue de leur politique intérieure. Devoir admettre, en Espagne ou en Pologne, d'être une puissance « occupante » en Irak aurait éveillé des réminiscences historiques et aurait singulièrement compliqué la politique de gouvernements engagés aux côtés des États-Unis souvent contre la volonté prononcée de leur population. Quoi qu'il en soit, ces constats du Conseil semblent entrer en collision avec le principe d'effectivité statué dans l'article 42 du Règlement. Pour le DIH, le contrôle effectif d'un territoire est le seul facteur déterminant pour l'existence d'une occupation belligérante³⁸. Si la Pologne³⁹, par exemple, contrôlait des zones du territoire irakien, elle était une puissance occupante. Le Conseil peut-il qualifier autrement la situation et libérer l'État en cause de ses devoirs en vertu du droit d'occupation ?

Il ne semble pas qu'on puisse admettre une dérogation par le Conseil. Tout d'abord, on notera que les paragraphes en cause sont uniquement déclaratifs et simplement préambulaires. Le Conseil prend note d'une situation telle qu'elle lui est communiquée. Il estime que au regard des faits, *tels qu'on les lui présente*, il y a des États occupants et des États non occupants. De plus, aucune qualification juridique n'est entreprise. Le Conseil se borne à affirmer qu'il « prend note » de cette situation, à titre d'introduction préambulaire, avant de passer aux injonctions contenues dans le corps de la Résolution. De tels constats ne suffisent pas aux conditions strictes de la dérogation telles que définies plus haut. Dès lors, le droit d'occupation continue à s'appliquer. Si les États « non occupants » s'avèrent en fait exercer des pouvoirs d'occupation selon les critères de l'article 42, ils devront être qualifiés comme tels. Mais il y a plus. Le Conseil de sécurité enjoint en effet lui-même à « toutes les parties concernées [et non pas seulement aux occupants tels que déterminés par lui] de s'acquitter pleinement de leurs obligations au regard du droit international, en particulier les Conventions de Genève de 1949 et le Règlement de La Haye de 1907 » (paragraphe 5 du corps opérationnel de la Résolution). L'article 42 est donc implicitement réservé. Le principe d'effectivité du droit international n'est certainement pas écarté, au contraire.

Quel est alors le statut des États non occupants selon la vision du Conseil ? Il y a plusieurs interprétations possibles. Le Conseil a pu estimer, par exemple, que ces États n'établiraient pas un contrôle territorial autonome et n'accompliraient que des tâches limitées (d'ordre humanitaire, de reconstruction, etc.) sous le contrôle global et effectif des États-Unis et du Royaume-Uni. Ne possédant pas de réelle autonomie, étant subordonné aux deux puissances dominantes, le Conseil a pu estimer que leurs actes devraient être attribués aux deux

38 Ce constat a été récemment rappelé par la C.I.J dans l'affaire relative aux *Activités armées sur le territoire du Congo (Congo c. Ouganda)*, C.I.J Recueil 2005, p. 59, par. 172. Voir aussi *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé. Avis consultatif*, C.I.J Recueil 2004, p. 167, par. 78, et p. 172, par. 89.

39 Plus que tout autre État « non occupant », la Pologne exerça de fait des attributions d'occupation : cf. Liesbeth Lijnzaad, « How not to Be an Occupying Power: Some Reflections on UN Security Council Resolution 1483 and the Contemporary Law of Occupation », *Making the Voice of Humanity Heard*, Leiden, M. Nijhoff (etc.) 2004, pp. 302-304.

puissances principales. Toutefois, cette position ne semble pas très convaincante pour ce qui est de la Pologne. Cette dernière administra et contrôla une petite zone au sud de l'Irak de manière suffisamment autonome et effective pour être qualifiée de force d'occupation⁴⁰. Le principe d'effectivité de l'article 42 du Règlement doit alors prévaloir : la Pologne fut sans nul doute une puissance d'occupation au sens du Règlement. Très logiquement, le CICR a demandé à la Pologne de respecter dans sa zone les dispositions du droit d'occupation, comme il l'a fait d'ailleurs aussi à l'égard d'autres États « non occupants » sans qu'aucun d'entre eux ne proteste⁴¹.

En définitive, il faut noter que le Conseil n'a pas entendu déroger au droit d'occupation et n'a pas pu le faire par les moyens qu'il a choisis. Les paragraphes préambulaires ne contiennent qu'une indication déclaratoire de la manière dont le Conseil voit la situation de fait sur le terrain, indication dépourvue de toute force contraignante⁴². Dès lors, la position des Pays-Bas⁴³, qui estimèrent que ces constats constituent des décisions contraignantes du Conseil en vertu du Chapitre VII, n'est pas défendable en droit. Elle s'analyse comme une prise de position politique, s'inscrivant dans une volonté de « détente transatlantique ».

La fin de l'occupation

Les constats du Conseil de sécurité sur la fin de l'occupation contenus dans la Résolution 1546 (2004) nous confrontent en quelque sorte à une situation inversée. En effet, le Conseil note que « d'ici le 30 juin 2004 [...] l'occupation prendra fin, l'Autorité provisoire de la coalition cessera d'exister et l'Iraq retrouvera sa pleine souveraineté » (paragraphe 2 opérationnel de la Résolution). Toutefois, le paragraphe 17 du Préambule précise que « toutes les forces qui agissent en faveur du maintien de la sécurité et de la stabilité en Iraq se sont engagées à se conformer au droit international, y compris aux obligations qui découlent du droit international humanitaire... ». La situation est inverse en cela qu'ici le droit d'occupation est « écarté » par le paragraphe opératoire alors qu'il est réaffirmé par le paragraphe préambulaire. Mais le droit d'occupation est-il réellement écarté ? Le constat du Conseil au paragraphe 2 semble purement déclaratoire : le Conseil note qu'il y aura la passation des pouvoirs entre l'Autorité des puissances occupantes et le Gouvernement provisoire le 30 juin 2004 ; et il s'estime satisfait de l'affirmation implicite contenue dans cette expression

40 *Ibid.*, note 38, pp. 302-304.

41 Voir D. Thürer and M. McLaren, *op.cit.* (note 25), p. 761, qui soulignent que le CICR a rappelé le droit d'occupation à ces autres États sans qu'aucun d'entre eux n'objecte d'ailleurs à cet égard.

42 Voir surtout D. Thürer and M. McLaren, *op.cit.* (note 25), pp. 759-761. Voir, en termes moins clairs et souvent trop courts, L. Lijnzaad, *op.cit.* (note 39), pp. 292ss. Voir aussi M. Zwanenburg, *op.cit.* (note 25), pp. 755-756. Nombre d'auteurs ont estimé que la Résolution 1483 est pour le moins ambiguë : Jorge Cardona Llorens, « Libération ou occupation ? Les droits et devoirs de l'État vainqueur », *L'intervention en Irak et le droit international*, (coll. Cahiers internationaux N° 19), Paris, Pedone, 2004, pp. 239ss ; K.H. Kaikobad, *op.cit.* (note 30), pp. 262-263.

43 Voir M. Zwanenburg, *op.cit.* (note 25), p. 756.

selon laquelle le Gouvernement irakien va de fait jouir de la souveraineté sur son territoire à partir de ce jour. Il s'agit d'un constat qui est en ligne avec le principe d'effectivité contenu à l'article 42 du Règlement. Si effectivement la passation de pouvoirs a lieu, et qu'il y a recouvrement⁴⁴ de la souveraineté irakienne, l'occupation cessera dès ce moment-là. Le Conseil interprète cette passation de pouvoirs comme impliquant une telle cessation de l'effectivité occupationnelle.

On sait que la passation des pouvoirs eut lieu trois jours avant cette date fixée dans la Résolution, c'est-à-dire le 27 juin 2004. Si l'on suit la motivation, ainsi que l'objet et le but de la Résolution, plutôt que sa lettre, l'occupation arriva à son terme le 27 juin. Le constat du Conseil est déclaratif, non constitutif : il renvoie à l'effectivité. Il s'agit donc d'un renvoi mobile et non pas fixe. Ainsi, si l'effectivité occupationnelle cesse le 27 et non le 30 juin, l'occupation elle-même cesse le 27 et non le 30 juin. Le constat reste toutefois hypothétique, car tout dépend de la situation effective, qui n'est pas encore connue au moment de l'adoption de la résolution. On peut se poser la question de savoir si la qualification du Conseil n'est pas néanmoins constitutive sur un point, à savoir sur la signification juridique du passage des pouvoirs de l'Autorité au Gouvernement. Le Conseil ne détermine-t-il pas de manière contraignante pour tous les États membres des Nations Unies que ce passage prévu pour le 30 juin correspondra, *pro veritate*, à la perte d'effectivité des puissances occupantes dès la date où il a lieu ? Dès lors, il ne serait plus loisible d'argumenter qu'il puisse y avoir encore de l'effectivité (et donc une occupation) après la passation des pouvoirs.

La situation sur le terrain n'apporte pas son suffrage à l'idée d'une césure nette opérée à travers cette passation des pouvoirs du 27 juin. Les États-Unis, avant tout, se sont préoccupés d'installer au Gouvernement des personnes ayant des liens intimes avec eux et à exclure ceux qu'ils estimèrent être hostiles à leurs intérêts ; ils continuent à maintenir sur place⁴⁵ les mêmes contingents militaires qu'avant la date butoir ; ils placent toutes ces forces, utilisées dans le combat contre la résistance et le terrorisme en Irak, sous leur commandement exclusif ; et ils conservent un droit de regard strict sur les actions du Gouvernement dont la marge de manœuvre autonome est très limitée. Dès lors, on peut dire tout au plus que la réinstallation de la souveraineté irakienne est un processus continu⁴⁶ dans lequel la date du 27 juin 2004 n'est qu'un passage limité et peut-être insuffisant pour produire des effets juridiques quant à

44 Non pas « transfert » de souveraineté, comme l'indiquent les sources américaines, car l'occupation n'altère pas la souveraineté : celle-ci reste toujours investie dans l'État occupé, si bien qu'il n'y a rien à transférer. C'est jusqu'à ce point que le politique obscurcit désormais les plus élémentaires vérités juridiques. Voir Rahim Kherad, « La souveraineté de l'Irak à l'épreuve de l'occupation », dans : D. Maillard Desgrées du Loué (éd.), *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, 2006, p. 152.

45 Et dès 2007 il est même prévu d'augmenter le nombre de ces forces.

46 A. Roberts, « The end of occupation », *op.cit.* (note 30), pp. 41-42, 46-47. Cet auteur admet que le droit d'occupation pourrait donc s'appliquer aussi après la date du 27/30 juin 2004, en fonction de l'effectivité. Voir encore A. Roberts, « Transformative military occupation », *op.cit.* (note 30), pp. 616-618.

l'existence ou non d'une occupation. Certains auteurs préfèrent ouvertement parler d'un Gouvernement irakien trop dépendant pour être réellement autonome et pour pouvoir de ce fait transformer la situation juridique en invitant librement les forces coalisées à rester sur son territoire (ce qui transformerait l'occupation de guerre en une occupation par invitation située hors du DIH). Selon la manière de voir de ces auteurs, il ne s'agit peut-être pas d'un gouvernement fantoche, mais on n'en serait pas loin⁴⁷. Dans ce cas, il n'est pas permis de voir dans les actes du nouveau Gouvernement des actes de souveraineté. L'article 47 de la Convention de Genève IV serait donc applicable et opposable à l'occupant. Nous estimons pour notre part que l'effectivité gouvernementale autonome dans l'Irak après le mois de juin 2004 n'est pas encore de nature à autoriser la conclusion que le droit de l'occupation ne s'applique plus.

Quelle que soit la grille de lecture, il faut en tout cas constater que la Résolution 1546 n'opère pas une dérogation suffisamment claire de l'article 42 du Règlement et du droit coutumier, basés tous les deux sur le critère de l'effectivité⁴⁸. Le paragraphe 2 semble déclaratif. Il n'exclut en rien expressément le critère concurrent de l'effectivité; au contraire, il semble le supposer. Le paragraphe 17 préambulaire note que les forces en cause se sont engagées à respecter le DIH. Ce paragraphe est également déclaratoire. Il note ce que les États ont accepté, ce à quoi ils se sont juridiquement engagés. Par conséquent, il renvoie à une obligation juridique «dure». Ce régime juridique «dur» se trouve dans le DIH dont le droit d'occupation fait partie. Comment penser que cette admission contraignante de l'applicabilité du DIH (et donc aussi du droit d'occupation avec son principe d'effectivité) soit écartée par le paragraphe 2 qui note simplement que l'Irak retrouvera sa pleine souveraineté le 30 juin, si bien que l'occupation arrivera à son terme? Il s'agit là d'une simple prévision. Si celle-ci est démentie par les faits, par l'effectivité précisément, le DIH et le droit d'occupation continueront à s'appliquer, dans la mesure où leurs conditions d'applicabilité ordinaires seront réunies.

47 D. Thürer and M. McLaren, *op.cit.* (note 25), pp. 769ss. Selon ces auteurs, la souveraineté effective n'étant pas retournée au gouvernement irakien, l'occupation continue en vertu du principe d'effectivité. Telle est l'unité de mesure juridiquement correcte; Andrea Carcano, «End of the Occupation in 2004? The Status of the Multinational Force in Iraq After the Transfer of Sovereignty to the Interim Iraqi Government», *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 11, 2006, p. 58. Voir aussi Kherad, *op.cit.* (note 44), pp. 153-154, qui estime que le Gouvernement intérimaire n'était ni légal ni légitime, car il était désigné par et soumis aux autorités des puissances occupantes; il ne pouvait, dès lors, formuler une invitation à des forces militaires étrangères de rester sur le territoire en transformant une occupation de guerre en une occupation pacifique à laquelle les Conventions de la Haye IV et de Genève IV ne seraient pas applicables. Luigi Condorelli, «Le Conseil de sécurité entre autorisation de la légitime défense et substitution de la sécurité collective: Remarques au sujet de la Résolution 1546 (2004)», dans: SFDI (éd.), *Les métamorphoses de la sécurité collective, Droit pratique et enjeux stratégiques*, Paris, 2005, p. 237, estime que la souveraineté et indépendance du nouveau gouvernement intérimaire, proclamées par la Résolution 1546, «relèvent du monde des fables et ne ressemblent en rien à la réalité».

48 Il n'y a donc pas de base pour penser que la Résolution 1546 (2004) l'emporte sur le droit d'occupation parce qu'elle y dérogerait, comme l'affirme, par voie d'une pétition de principe, M. Sassóli, *op.cit.* (note 27), pp. 683-684. Sassóli reconnaît toutefois à juste titre que l'effectivité de l'occupation continue, quand on regarde simplement aux faits sur le terrain.

Ajoutons que le paragraphe opératoire 1 renforce cette lecture, car il impose au Gouvernement intérimaire de « s'absten[ir] de prendre des décisions affectant le destin de l'Iraq au-delà de la période intérimaire, jusqu'à l'entrée en fonction d'un gouvernement de transition issu d'élections... ». Cela revient à dire que l'esprit du principe codifié dans l'article 43 du Règlement de 1907 vient limiter la marge d'action du gouvernement irakien d'après 27 juin 2004, le Conseil le considérant manifestement comme un organe n'étant pas en possession de la souveraineté pleine et entière⁴⁹. S'il n'y a donc plus occupation au sens strict – dans les prévisions du Conseil – il n'y a pas non plus indépendance réelle et totale du gouvernement irakien. On se trouverait donc dans une situation intermédiaire, ambiguë, *sui generis*. Cette situation ne serait en tout cas pas affranchie des prescrits du droit d'occupation.

L'article 42 du Règlement est indérogeable par le Conseil de sécurité⁵⁰. Cette indérogeabilité touche à la question de savoir qui est occupant (ou ne l'est pas) et aussi à la question de savoir quand l'occupation se termine. Si l'on suit cette conception, le Conseil n'aurait déjà pas le pouvoir matériel d'y déroger. Il faudrait alors obligatoirement interpréter les clauses des résolutions précitées dans le sens déclaratif et non constitutif, sous peine d'affirmer leur nullité. On appliquera donc le principe d'interprétation : *in dubio pro validitate*.

La dérogação aux dispositions matérielles du droit d'occupation

La situation juridique est, pour ainsi dire, encore plus maigre en ce qui concerne les déroérations du Conseil portant sur des normes matérielles. En fait, on ne peut en recenser aucune dans les résolutions pertinentes. Selon certains auteurs,

49 Roberts, « Transformative military occupation », *op.cit.* (note 30), pp. 617-618.

50 Pourquoi cette disposition doit-elle être impérative? Il faut avoir recours à une conclusion par conséquence logique. Si la condition d'applicabilité des protections matérielles du droit de l'occupation n'était pas impérative, cela signifierait qu'on laisserait à une puissance occupante ou au Conseil de sécurité la faculté d'écarter *de plano* toutes ces protections matérielles, y compris celles humanitaires. En affirmant que ce droit n'est pas applicable, ou en restreignant ses conditions d'application, il serait ainsi possible de s'évader des garanties de fond. Dès lors, tout l'effort de verrouiller les protections humanitaires ou de les déclarer impératives, comme nous venons de le faire, serait une entreprise vaine, car la modification formelle du champ d'application permettrait d'évacuer d'un trait de plume tout le régime d'occupation dès l'amont. Les garanties matérielles seraient alors privées de tout effet utile, contrairement à l'esprit le plus intime du droit d'occupation moderne (articles 7, 8, 47 de la Convention IV). La conclusion inverse s'impose donc: si une seule disposition du droit matériel possède un statut impératif, alors il faut tenir pour impérative aussi la norme qui définit le champ d'application matériel ou personnel de cette norme de fond, et qui constitue ainsi à proprement parler la condition première de son application. C'est en quelque sorte une norme de *jus cogens* de deuxième degré qui est ici en cause. En ce sens, le critère d'effectivité du droit d'occupation – qui est le contenu essentiel de l'article 42 – emporte sur toute qualification adverse du Conseil. Ce n'est toutefois pas dire qu'une qualification adverse du Conseil de sécurité soit dépourvue d'effets ou de pertinence. En effet, elle constitue une indication de la manière dont l'effectivité est perçue par un organe important des Nations Unies. Cette qualification pourra être suivie par tout opérateur juridique, du moins si elle n'est pas en claire contradiction avec les faits. Il faut donc conclure que le Conseil a la possibilité de tenter d'influencer le droit d'occupation par des qualifications subjectives de la situation, mais que ces qualifications ne sauraient s'imposer au détriment des critères de l'article 42. Et le Conseil n'a pas reçu dans la Charte le mandat de donner une interprétation contraignante des conditions d'application de l'article 42.

celles-ci pratiquent sur ce point comme sur d'autres la vertu et le vice d'une certaine ambiguïté⁵¹. En réalité, cette ambiguïté est limitée. En effet, toutes les résolutions en cause affirment directement ou indirectement – par renvoi à la Résolution 1483 – l'applicabilité du DIH et du droit d'occupation, sans exception aucune. Ainsi, dans la Résolution clé 1483 (2003), qui est de nature « constitutionnelle », on lit au paragraphe 13 du Préambule que le Conseil prend note des lettres des représentants des États-Unis d'Amérique et du Royaume-Uni par lesquelles ils « reconnaissent les responsabilités et obligations spécifiques de ces États en tant que puissances occupantes agissant sous un commandement unifié [...], en vertu du droit international ». Dans le paragraphe 5 opérationnel on lit que « le Conseil demande à toutes les parties concernées de s'acquitter pleinement de leurs obligations au regard du droit international, en particulier les Conventions de Genève de 1949 et le Règlement de La Haye de 1907 ». Aucune dérogation – encore moins aucune dérogation claire – n'est ainsi statuée. Au contraire !

Divers paragraphes opérationnels enjoignent ensuite aux autorités en place et aux États membres de prendre des mesures visant à reconstruire l'Irak et à le mener à l'indépendance souveraine. Toutes ces dispositions sont génériques. Aucune ne permet ni n'oblige d'aller à l'encontre du droit d'occupation. Au paragraphe 1 on lit que les autorités et les États membres doivent « aider le peuple iraquien dans les efforts qu'il déploie pour réformer ses institutions et reconstruire le pays et de contribuer à assurer la stabilité et la sécurité en Iraq conformément à la présente résolution » (italiques ajoutées) ; au paragraphe 4 on lit que ces autorités doivent promouvoir « le bien-être de la population iraquienne en assurant une administration efficace du territoire, notamment en s'employant à rétablir la sécurité et la stabilité et à créer les conditions permettant au peuple iraquien de déterminer librement son avenir politique » ; au paragraphe 8, lettre c, on lit que les autorités devront chercher, en coopération avec le Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies, d'œuvrer « à la création et au rétablissement d'institutions nationales et locales permettant la mise en place d'un gouvernement représentatif, notamment en travaillant ensemble pour faciliter un processus débouchant sur la mise en place d'un gouvernement iraquien représentatif... » ; à la lettre e dudit paragraphe on lit qu'il faudra « favoriser le relèvement économique et l'instauration de conditions propices au développement durable... » ; à la lettre g dudit paragraphe il est dit qu'il faudra assurer la « promotion de la protection des droits de l'homme » ; etc.

Il faut donc conclure que le paragraphe 13 du Préambule et le paragraphe 5 opérationnel interdisent des dérogations au droit d'occupation applicable étant donné qu'aucun autre paragraphe ne les permet expressément ou

51 C'est ce que notent nombre d'auteurs : voir par exemple Nehal Bhuta, « The antinomies of transformative occupation », *European Journal of International Law*, Vol. 16, 2005, p. 735 ; M. Zwanenburg, *op.cit.* (note 25), pp. 763ss.

par implication nécessaire⁵². Comme on l'a dit avec raison, aucune disposition des résolutions du Conseil ne demande d'agir au-delà, ou en s'écartant, du droit d'occupation⁵³. Cela tranche très nettement avec la situation en Bosnie ou au Kosovo⁵⁴. Tout au plus peut-on voir dans le paragraphe 4 opérationnel une invitation à des réformes de structure quelque peu transformationnelles⁵⁵, mais le langage reste ici vague et imprécis. C'est trop peu pour déroger au droit d'occupation, péremptoirement rappelé comme limite à l'action dans la même résolution. Il n'est donc pas certain que les auteurs affirmant sommairement que ces résolutions étendent les pouvoirs des puissances occupantes au-delà du droit d'occupation aient raison⁵⁶. Certes, il y a quelques dépassements, mais plus par concrétisation du droit de La Haye que par écart à celui-ci. Ces dépassements sont très ponctuels, comme par exemple en matière de traitement du pétrole⁵⁷. S'opposent-ils vraiment au droit d'occupation ou le développent-ils dans ses zones de flexibilité ?

Comme on l'a déjà dit, notre but n'est pas de passer en revue les innombrables réformes de l'Autorité et de décider si elles sont compatibles ou non avec le droit d'occupation. Cette question n'a pas directement trait au pouvoir de dérogation du Conseil et ne nous intéresse donc pas à cette place. Il est toutefois permis de rappeler que des réformes telles que la 'De-Baathification', pour ce qui est des structures oppressives, mais aussi certaines réformes de droits de l'homme, comme l'interdiction de l'exploitation des mineurs par le travail, sont compatibles avec le droit d'occupation. Dans le principe, ces réformes sont couvertes par l'exception des lois oppressives et par l'obligation de garantir les droits reconnus dans la Convention de Genève IV et d'autres sources de droits « intransgressibles » (Pacte II sur les droits civils et politiques de 1966 par exemple)⁵⁸.

52 Voir aussi K.H. Kaikobod, *op.cit.* (note 30), pp. 262-263; D. Thürer et M. McLaren, *op.cit.* (note 25), p. 766.

53 Voir G.H. Fox, *op.cit.* (note 27), pp. 257ss, 261.

54 *Ibid.* note 27, pp. 261-262.

55 Voir D.J. Scheffer, *op.cit.* (note 25), pp. 844-845; M. Zwanenburg, *op.cit.* (note 25), pp. 766.

56 Voir Massimo Starita, *op.cit.* (note 25), pp. 893ss; A. Roberts, « Transformative military occupation », *op.cit.* (note 30), p. 613: « Taken as a whole, the purposes of the occupation as outlined in Resolution 1483 went beyond the confines of the Hague Regulations and the Fourth Geneva Convention. »

57 Jorge Cardona Llorens, *op.cit.* (note 42), p. 246, évoque la vente du pétrole par l'Autorité comme écart (ou ajout?) par rapport au droit d'occupation. Mais d'abord, cette réglementation de la vente du pétrole fait suite au programme « pétrole contre nourriture », c'est-à-dire à une internationalisation déjà intervenue du commerce de ce bien. En second lieu, il n'est pas certain que le droit d'occupation ne permette pas des solutions souples sous le principe général de « l'usufruit » retenu par l'article 55 du Règlement de 1907. Voir Langenkamp R. Dobie and Rex J. Zedalis, « What Happens to the Iraqi Oil? Thoughts on Some Significant Unexamined International Legal Questions Regarding Occupation of Oil Fields », *European Journal of International Law*, Vol. 14, N° 3, 2003, pp. 417ss. Il est clair toutefois que l'établissement des Fonds spéciaux et le détail de la réglementation dépasse le droit d'occupation : mais est-il contraire à ce droit ?

58 Il est accepté depuis l'issue de la seconde guerre mondiale que l'occupant ne doit pas appliquer, ou laisser inaltérées, des législations internes oppressives et discriminatoires, à l'instar de la législation national-socialiste de Nuremberg. Le but de la norme interdisant les modifications de la législation locale est celui d'éviter des législations imposées de l'extérieur et contraires à l'autodétermination. Cette norme serait interprétée de manière contraire à son objet et à son but si elle était censée empêcher les modifications législatives contre des lois oppressives. Il a même été affirmé que l'occupant voit peser sur lui une obligation positive d'abroger, ou pour le moins de suspendre, de telles législations.

Conclusion

Notre conclusion de l'étude du cas irakien peut être résumée en une phrase : il n'y a pas eu, dans les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité, de dérogation expresse ou implicite du droit d'occupation formellement applicable.

Le Conseil a opéré plus subtilement. Il a adopté des textes entourés d'une ambiguïté étudiée et potentiellement féconde, tout en laissant la question des rapports du droit d'occupation et du mandat (légèrement⁵⁹) transformationnel octroyé à être précisé dans la pratique. Dès lors, au vu de ce vague invitant et créateur, il ne faut pas s'étonner que l'Autorité des puissances occupantes en Irak en ait appelé à la Résolution 1483 même pour ses réformes les plus transformationnelles, comme celles entamées dans la sphère économique. Il y a là une lecture du droit d'occupation dont le moins qu'on puisse dire est qu'elle est *self-serving*. Ces mandats flous du Conseil, basés sur une approche toute politique, constituent une menace rampante pour la légalité internationale. Certes, le rempart du droit international est encore formellement maintenu, car aucune dérogation expresse au DIH n'est admise. Mais pour combien de temps encore en sera-t-il ainsi, s'il y a d'autres précédents comme l'Irak ? De plus, la substance de ce droit si fondamental pour la protection des populations locales et pour leur autodétermination est subrepticement abandonnée à l'auto-interprétation des occupants. On devine d'avance dans quel sens elle se mouvra. Ce droit finit ainsi par se déliter et par se flétrir. La crédibilité d'un droit apparemment malléable au point d'être étranglé dans la prise multiple d'un certain vague intrinsèque des règles du droit de La Haye (explicable historiquement), des mandats souples et implicites du Conseil, et de l'auto-interprétation complaisante des États occupants, ne peut que fléchir. Ce droit finit dans le pire des cas par être perçu comme un voile grimaçant n'offrant aucune force directrice ferme, sauf le service insigne, mais indésirable, consistant à masquer pudiquement la réalité.

Une nouvelle codification du droit d'occupation, pour le développer et le mettre au niveau des exigences et des problèmes actuels, serait en soi une bonne chose. On comprend aisément que le moment n'est politiquement pas propice. Si l'on s'engage dans cette voie actuellement, on risque de reculer au

Cette obligation positive ne fait pas de doute, car, autrement, l'occupant enfreindrait ses devoirs « humanitaires » en vertu de la Convention de Genève. En effet, celle-ci exige que certains droits soient garantis dans tous les cas par l'occupant. Voir Gerhard Von Glahn, *The Occupation of Enemy Territory: A Commentary on the Law and Practice of Belligerent Occupation*, Minneapolis, The University of Minnesota Press, 1957, pp. 95, 107; Morris Greenspan, *The Modern Law of Land Warfare*, Berkeley (etc.), University of California, 1959, p. 245; Allan Gerson, « War, Conquered Territory, and Military Occupation in the Contemporary International Legal System », *Harvard International Law Journal*, Vol. 18, N° 3, Summer 1977, p. 531; M. Sassóli, *op.cit.* (note 27), pp. 675-676; Howard S. Levie, *The Code of International Armed Conflict*, Vol. 2, Londres / Rome / New York, 1986, p. 716. Voir aussi Jean Pictet (éd.), *Commentaire de la Convention IV de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Genève, 1956, p. 360 : « La seconde [réserve] est en faveur de la population et permet d'abroger toutes mesures discriminatoires incompatibles avec les exigences de l'humanité ».

59 Bien moins que celui de l'ACIT au Kosovo.

lieu d'avancer. Certains États tenteront de saisir l'occasion pour dépecer plutôt que pour renforcer, ou pour le moins pour adapter, le droit d'occupation. A défaut d'une telle entreprise, on ne peut qu'espérer que le Conseil ne se laissera pas aller facilement à des dérogations explicites au droit d'occupation dans l'avenir. Il faut espérer qu'il ne prêtera pas sa main non plus à des violations implicites du droit en laissant aux forces d'occupation une place excessive dans la concrétisation des règles qu'il pose, tout en leur offrant un semblant de légitimité à travers des résolutions invocables par eux d'autorité et susceptibles d'impressionner les non-initiés. Tel ne devrait pas être le prix pour que les Nations Unies se réinsèrent dans le processus décisionnel sur le terrain au lieu de rester cantonnées définitivement sur la touche. Telle ne doit pas être la politique rachetant le fait que l'Organisation mondiale a été exclue auparavant, dans la phase des opérations militaires entreprises sans son aval et en dehors de sa légalité. C'est là toute la différence entre une administration civile centrée d'emblée sur les Nations Unies et l'appui lointain apporté par le Conseil de sécurité à des puissances occupantes possédant leur agenda politique propre et leurs buts occupationnels particuliers.

C'est donc toute la question de la *rule of law* internationale, dans la faible mesure où elle existe, et toute la place du droit international, qui sont en jeu. On sait les tensions et les attaques que subit ce droit en ce moment. La mésaventure relative du droit d'occupation en Irak n'en est qu'un avatar, dont l'histoire a apporté déjà de nombreux témoignages auparavant. Si l'on peut dire : *Caveant consules, ne quid detrimenti res publica (universale) capiat!*⁶⁰

60 Que les consuls prennent garde que la République n'éprouve aucun dommage!

La traversée du désert – le CICR en Irak : analyse d’une opération humanitaire

Daniel Palmieri*

Daniel Palmieri est chargé de recherches historiques au Comité international de la Croix-Rouge.

Résumé

Pendant près de 60 ans, le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) a fait de son mieux pour fournir une aide humanitaire aux groupes qui en avaient le plus besoin en Irak. Cet article décrit les opérations humanitaires menées par l’institution en Irak de 1950 à aujourd’hui, en particulier le soutien qu’elle a apporté aux différentes minorités du pays et les actions humanitaires qu’elle a entreprises face aux divers conflits armés. On y voit que le cadre juridique qui sert de base à ses activités humanitaires limite également sa capacité d’intervenir dans des situations qui ne relèvent pas de son mandat. Dans les conflits armés, le CICR court le risque d’être utilisé par les gouvernements à leurs propres fins. Le défi qui lui est lancé est de trouver un compromis entre le respect de ses obligations conventionnelles et l’exercice de son droit d’initiative humanitaire, et d’éviter de sélectionner les bénéficiaires de son aide sur la seule base des possibilités offertes par les gouvernements.

⋮⋮⋮⋮⋮

En permanence au cœur de l’actualité depuis une trentaine d’années, l’Irak fait figure de laboratoire idéal pour l’étude de la violence armée et de ses conséquences humanitaires. Rares sont en effet les États où l’enchaînement et la

* Cet article reflète les opinions de l’auteur et non pas nécessairement celles du CICR.

Original français. La version anglaise de cet article a été publiée sous le titre « Crossing the desert – the ICRC in Iraq. Analysis of a humanitarian operation. », *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N° 869, mars 2008, pp. 137-152.

diversité des conflits offrent un aussi large aperçu des multiples aspects que revêt la bellicosité moderne sur le moyen terme.

Dans ces conditions, il est également intéressant de tenter d'analyser les formes de l'assistance apportée aux victimes de la guerre. La pertinence de cette démarche est d'autant plus grande lorsque l'acteur humanitaire au travers duquel s'effectue le geste charitable peut être, lui aussi, examiné sur la longue durée, traversant ainsi les différentes étapes de l'histoire guerrière d'un État. Tel est le cas du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) dans le cadre de son engagement en Irak.

En effet, actif depuis près de 60 ans en Irak, le CICR a eu à se confronter à de nombreuses situations de détresse qui ont engendré autant de réponses de sa part, et qui constituent aujourd'hui une collection d'expériences presque unique en son genre.

C'est pourquoi cet article se propose d'abord de retracer l'historique de l'action du CICR dans ce pays du Moyen-Orient, des années 1940 à nos jours. Il s'agira ensuite de tenter de dégager les principales caractéristiques permettant de comprendre ce pan d'histoire humanitaire¹.

Historique d'une action humanitaire

Aide aux minorités juives d'Irak

Les premiers pas du CICR en Irak ont été étroitement liés au contexte de la Seconde Guerre mondiale. Il s'agit à l'époque de visiter des prisonniers de guerre italiens détenus dans ce pays, alors sous occupation alliée². Conformément à leur mandat, les délégués du CICR inspectent à plusieurs reprises les camps où sont internées ces personnes. Parallèlement, l'institution vérifie également les conditions de vie des quelques civils irakiens internés chez les belligérants du camp opposé, en particulier dans la France de Vichy.

Mais ce n'est vraiment qu'à partir des années 1950 que les activités du CICR vont connaître leur réel essor en Irak, en relation avec la situation interne prévalant dans le royaume hachémite³. La donne géopolitique au Moyen-Orient a radicalement changé peu de temps auparavant avec la proclamation de l'État d'Israël, le 14 mai 1948, puis la guerre de Palestine. La victoire israélienne soulève, entre autres, le problème des minorités juives résidant, parfois depuis plusieurs millénaires, dans les États arabes voisins.

1 Pour la période allant jusqu'en 1965, cet article se base sur des archives du CICR qui sont déjà ouvertes au public. Pour la période postérieure à 1965, les informations sont tirées uniquement de la documentation publique du CICR. Ce choix est motivé par le souci de permettre au lecteur étranger au CICR et intéressé à entamer un débat critique sur ce texte d'avoir accès aux mêmes sources que celles utilisées par les auteurs.

2 Le coup d'État républicain et anti-britannique de Rachid Ali el-Gaylani, le 3 avril 1941 (avec le soutien de l'Allemagne et de la France vichyste) avait entraîné l'intervention militaire de la Grande-Bretagne. La monarchie est rétablie le 1^{er} juin 1941 et le pays est occupé par les troupes alliées.

3 La monarchie est renversée – et le roi Fayçal II et son entourage assassinés – le 14 juillet 1958, à la suite du coup d'État républicain du général Kassem.

Après 1948, ces populations voient subitement leur statut se dégrader, devenant alors aux yeux de leurs gouvernements des citoyens de seconde zone aux libertés individuelles restreintes et sujets à des discriminations ou des vexations. Dans le cas de l'Irak – où l'on dénombre en 1950 quelque 135 000 Juifs –, une vague de « *psychose de la cinquième colonne* » (selon les termes du délégué du CICR, de Coquatrix)⁴ frappe le pays lors de la Guerre de Palestine, entraînant une « persécution larvée » de la communauté israélite. Comme dans d'autres pays environnants, les Juifs n'auront finalement pas d'autre choix que de chercher à émigrer dans le nouvel État d'Israël. Accédant à une demande du rabbinat de Bagdad, le parlement irakien adopte, en mars 1950, une loi autorisant les Juifs à quitter le pays moyennant leur renonciation formelle à la nationalité irakienne. La loi limite par ailleurs les biens que les émigrants pouvaient emmener avec eux. Au total, plus de 110 000 personnes vont rejoindre Israël entre le printemps 1950 et l'été 1951, grâce à la mise en place d'un pont aérien.

Dès mars 1950, à l'occasion d'une tournée du président du CICR, Paul Ruegger, au Moyen-Orient, la situation de la minorité juive en Irak a été abordée avec les autorités irakiennes. Puis, en août, le CICR entreprend une mission spéciale, préparée de longue date, à Bagdad pour traiter plus en détail de cette question. A l'occasion des entretiens avec des représentants du gouvernement et du Croissant-Rouge irakiens, l'institution obtient l'autorisation de principe pour l'établissement d'un système d'échanges de messages Croix-Rouge entre la communauté juive d'Irak et les membres de leurs familles se trouvant en Israël. Malgré plusieurs recharges épistolaires de la part du CICR, qui insiste sur le fait que l'échange de messages civils est une activité traditionnelle et conventionnelle de l'institution,⁵ ce projet n'aura pas de suite, les gouvernements irakien mais aussi israélien y opposant leur veto.

En revanche, le CICR obtient un petit succès en ce qui concerne les détenus politiques juifs en Irak. En juillet 1950, les autorités irakiennes avaient fait état de la découverte d'un « complot sioniste » et procédé à l'arrestation de plusieurs inculpés. Ceux-ci rejoignent dans les prisons d'autres Juifs irakiens accusés, eux, d'être des « communistes » ou d'avoir commis des actes « terroristes ». Faisant suite à une demande du représentant israélien auprès des Nations unies transmise en octobre 1952, le CICR parvient – avec le concours du Croissant-Rouge irakien – d'abord à faire parvenir à ces détenus politiques (dont il a obtenu le nom des autorités irakiennes), des messages familiaux, puis des colis de secours. Il informe également régulièrement le gouvernement israélien des libérations qui adviennent, une fois les peines purgées. Mais le CICR ne se verra jamais autorisé à visiter ces personnes. Ce type d'activité prendra

4 Les informations sur cette question sont tirées du dossier des Archives du CICR [ci-après ACICR], B AG, 233-098-001.

5 On faisait ainsi référence à l'article 25 de la IV Convention de Genève du 12 août 1949 concernant la possibilité de donner et de recevoir des nouvelles familiales pour toute personne se trouvant dans un territoire d'une Partie au conflit ou occupé par elle. Il existait toujours un état de guerre entre Israël et l'Irak, aucun armistice n'ayant été signé entre les deux pays à la fin de la Guerre de Palestine de 1948-1949.

fin au tournant des années 1960 alors que se profile dans l'horizon irakien un conflit d'une toute autre ampleur qui va occuper l'institution durant deux décennies.

La minorité kurde

En 1958, le général Kassem a reçu l'appui de la minorité kurde lors de son coup d'État républicain, en échange de la promesse de garantir les particularités linguistiques et régionales du Kurdistan irakien. Cet accord tacite ne fut pas respecté et, au cours des années suivantes, les tensions entre les communautés arabes et kurdes s'accrurent, jusqu'à dégénérer, en septembre 1961, en une rébellion armée ouverte dans le nord de l'Irak. Une guerre civile fait alors rage, provoquant de nombreuses victimes. Dès le 28 septembre, le CICR est contacté par des représentants d'associations kurdes. Ces organismes demandent à l'institution d'intervenir auprès des autorités irakiennes, d'une part afin qu'elles respectent le droit de la guerre et, d'autre part, qu'elles autorisent le CICR à visiter les détenus kurdes et plus généralement à venir en aide aux populations civiles. Ils indiquent aussi être disposés à faciliter l'accès des délégués aux soldats irakiens aux mains de la rébellion⁶.

En juin 1962, devant l'extension du conflit et sur la base de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève, le CICR propose au Croissant-Rouge irakien d'envoyer des équipes médicales et des secours pour venir en aide à la population civile kurde. Cette offre de services est aussitôt refusée au motif que les autorités nationales fournissent déjà l'aide nécessaire aux victimes des événements. Une mission menée à Bagdad en décembre 1962 ne modifiera pas la donne, le gouvernement niant officiellement la présence de militaires irakiens en mains kurdes⁷ et ne donnant aucun signe d'ouverture quant à une éventuelle intervention du CICR en Irak. La Société nationale se déclare, elle, ouvertement dans l'impossibilité d'agir, malgré les besoins avérés, sous peine de représailles du régime.

La chute et l'assassinat du général Kassem, le 9 février 1963, et l'arrivée au pouvoir du parti Baath sont l'occasion de pourparlers avec l'insurrection kurde. Pendant quelques mois, une trêve s'installe. Mais dès le 10 juin, les affrontements reprennent avec une telle force au Kurdistan, que le CICR en vient à parler de «*guerre d'extermination*»⁸. Face à cette situation, une nouvelle offre de service est faite au gouvernement irakien le 3 juillet. Parallèlement, pour parer à un nouveau

6 Le CICR fera parvenir des cartes de capture du côté kurde et, au cours du conflit, obtiendra en retour plus d'une centaine de noms de prisonniers, ainsi que des messages Croix-Rouge. Ces derniers, transmis aux autorités irakiennes, ne semblent cependant jamais avoir été remis à leurs destinataires. Par ailleurs, l'institution intervient aussi, avec succès, pour la libération de ressortissants étrangers capturés par les Kurdes.

7 Suite à ce déni, le président du CICR, Léopold Boissier, entreprend une démarche directe, en janvier 1963, auprès du général Kassem, lui demandant de transmettre aux familles concernées un échantillon d'une dizaine de cartes de capture remises au CICR par la rébellion kurde.

8 ACICR, A PV, séance du Conseil de Présidence, 27 juin 1963.

refus des autorités de Bagdad, le Comité international s'adresse simultanément et de manière officielle aux dirigeants des Sociétés du Lion-et-Soleil-Rouge de l'Iran et du Croissant-Rouge turc et leur demande d'obtenir de leurs gouvernements respectifs une autorisation de faire parvenir des secours au Kurdistan, *via* leurs territoires. Une fin de non-recevoir vient sanctionner ces trois démarches⁹. Ceci n'empêche toutefois pas le CICR de relancer une fois encore formellement le pouvoir irakien en lui transmettant, le 14 juillet 1965, un aide-mémoire qui propose une action de secours conjointe avec la Société nationale et la visite des détenus de part et d'autre. Ce document demeure sans réponse.

Néanmoins, et à défaut de pouvoir utiliser les voies «légales», le CICR a entrepris, dès le printemps 1963, de fournir des secours (médicaments, vêtements, couvertures, tentes, etc.), provenant d'associations privées ou de Croix-Rouges, aux représentants des associations kurdes qui l'ont contacté. Celles-ci se chargent ensuite seules de la distribution de ces biens qui sont acheminés au Kurdistan par des transporteurs privés et par le territoire iranien. C'est la seule activité concrète que peut effectuer le CICR jusqu'en été 1966, date à laquelle un accord est passé entre Bagdad et le leader kurde Barzani, ouvrant une perspective d'autonomie pour les Kurdes dans la nouvelle constitution irakienne.

L'embellie sera de courte durée. Bien que les Kurdes aient été associés au pouvoir (leur langue devenant même la seconde du pays), ils relancent, en mars 1974, la révolte contre l'État central. La reprise des hostilités amène le CICR à offrir à nouveau ses services aux parties (mais aucune réponse ne lui parviendra des Irakiens) et à remettre à disposition des victimes des secours médicaux (qui transitent toujours par le territoire iranien). Mais, l'année suivante, à la suite des accords d'Alger passés entre l'Irak et l'Iran, l'institution doit se résoudre à mettre fin à cette activité à la demande du gouvernement de Téhéran. Parallèlement, le CICR doit aussi renoncer à la supervision des rapatriements vers l'Irak de réfugiés kurdes en Iran, un rôle que lui avaient pourtant confié, un mois auparavant, les autorités de Bagdad. Seule consolation, l'institution avait pu visiter, en janvier 1975, quelque 160 militaires irakiens prisonniers des Kurdes. Ces personnes seront ensuite directement remises aux autorités irakiennes par la guérilla kurde et rapatriées par la Société nationale. Il faudra attendre la Seconde Guerre du Golfe pour que le CICR rejoue concrètement un rôle humanitaire en faveur du Kurdistan irakien¹⁰.

La minorité iranienne

Bien avant la signature du traité d'Alger de 1975 qui réglait provisoirement les différends territoriaux entre les deux États, des tensions avaient surgi au

9 Le gouvernement irakien déclare que ses services nationaux peuvent faire face aux besoins. Quant aux deux Sociétés nationales, elles indiquent que rien ne peut se faire sans avoir auparavant obtenu l'aval des autorités de Bagdad.

10 Durant la Première Guerre du Golfe (conflit irako-iranien), le CICR effectua quelques missions d'évaluation dans le Kurdistan irakien, mais sans pouvoir apporter une quelconque assistance humanitaire.

printemps 1969 à la frontière irano-irakienne. La contestation portait sur le Chatt al-arab, et de nombreux ressortissants iraniens établis en Irak avaient été expulsés vers leur pays d'origine. Des familles étaient alors séparées de part et d'autre de la frontière.

Après une mission menée en juin 1969 à Téhéran, puis en août à Bagdad, le CICR obtient de mettre en œuvre un programme visant à faciliter le regroupement en Irak des familles dispersées. Suite à un accord passé avec les autorités irakiennes, une délégation s'installe à Bagdad durant l'automne, et dès le mois d'octobre les délégués peuvent procéder au transfert en Irak d'un premier groupe de nationaux iraniens. Au total, environ 150 personnes peuvent regagner leur foyer grâce au CICR. La situation semblant s'être normalisée, l'institution ferme sa délégation en mars 1970. Toutefois, une année plus tard, le gouvernement et la Société nationale iraniens sollicitent à nouveau l'intervention du CICR en faveur de quelque 50 000 ressortissants iraniens forcés de quitter d'Irak. Après une mission en Iran dans les camps qui hébergent les expulsés, le CICR effectue une visite à Bagdad en février 1972; il s'agit alors de proposer à ses interlocuteurs gouvernementaux et du Croissant-Rouge que les Sociétés nationales des deux pays se rencontrent pour trouver une issue favorable à ce problème humanitaire. Une première réunion se déroule au siège du CICR à Genève, en mai, suivie d'une autre en juillet à Bagdad. Durant l'année 1973, l'institution continue d'avoir des discussions sur les Iraniens expulsés d'Irak avec les autorités des deux pays. Mais dès l'année suivante, il semble que ses services ne seront plus demandés.

La guerre Iran-Irak

Loin de s'être résolu, le problème frontalier du Chatt al-arab s'envenime et le 22 septembre 1980 l'Irak attaque l'Iran. Le lendemain, le CICR rappelle aux belligérants leurs obligations découlant des Conventions de Genève. Puis, dès le 26 septembre, l'institution est autorisée à envoyer des délégués en Irak¹¹.

Au cours des huit années que va durer ce conflit international excessivement meurtrier, et conformément à son mandat découlant directement des Conventions, la délégation de Bagdad enregistre et visite des dizaines de milliers de prisonniers de guerre iraniens (mais sans jamais avoir accès à la totalité d'entre eux, notamment lorsqu'ils avaient été capturés au tout début ou à la toute fin de la guerre), leur fournit une aide médicale si nécessaire (et supervise le rapatriement des prisonniers gravement blessés ou malades), et leur permet de communiquer avec leurs familles par l'entremise de messages Croix-Rouge. Pour cette seule activité, l'institution devra gérer plus de onze millions de messages écrits ou reçus par les prisonniers de guerre. Les délégués du CICR visitent aussi des populations civiles kurdes ou arabistanaises (Khouzistanais) de nationalité iranienne réfugiées sur sol irakien et internées dans des camps¹².

11 Le CICR disposait déjà d'un bureau à Téhéran, ouvert en avril 1978.

12 A la demande des autorités irakiennes, le CICR entreprit de chercher des pays d'accueil disposés à recevoir un certain nombre de citoyens iraniens réfugiés en Irak.

Des distributions de livres et de matériel pédagogique, ainsi que des activités de rétablissement des liens familiaux, ont été effectuées pour ces personnes.

En ce qui concerne la population civile irakienne, la tâche majeure du CICR durant ces années de guerre porte sur l'enregistrement et la transmission aux autorités concernées, *via* un Comité *ad hoc* s'occupant des victimes de la guerre, de demandes d'enquêtes pour des militaires ou des civils irakiens portés disparus. Au total, plus de 65 000 demandes sont transmises, avant que cette activité ne soit interrompue, en mars 1985, du fait de la mauvaise volonté des belligérants à remplir leurs obligations dans ce domaine.

Le cessez-le-feu, entré en vigueur le 20 août 1988, ne met toutefois pas un terme à l'implication du CICR, puisqu'il s'agit dès lors, outre la continuation des activités traditionnelles mentionnées plus haut, de préparer aussi le rapatriement de tous les prisonniers de guerre. Mais cette opération progresse lentement, se heurtant à la mauvaise volonté des parties, y compris en ce qui concerne les rapatriements prioritaires de grands blessés ou de malades¹³. Ce n'est que le 15 août 1990, que l'Irak annonce sa décision de libérer tous les prisonniers de guerre capturés durant le conflit avec l'Iran. Des retours massifs auront lieu dès cette date de part et d'autre de la frontière¹⁴. Parallèlement, aux côtés des vivants, ce sont aussi les soldats morts qui reviennent chez eux, le CICR jouant également un rôle d'intermédiaire dans le rapatriement de ces dépouilles mortelles. A noter que ce genre d'opération se poursuivra bien après la chute du régime de Saddam Hussein qui, entre-temps, avait une nouvelle fois attiré l'attention du monde.

L'invasion du Koweït et la seconde Guerre du Golfe (1990-1991)

En effet, le 2 août 1990, les troupes irakiennes envahissent le Koweït. Le même jour, le CICR réagit en rappelant aux belligérants leurs obligations de respecter les Conventions de Genève. Puis, dès le 23 août, le CICR demande formellement aux autorités irakiennes l'autorisation d'exercer son mandat en Irak et au Koweït. Cette démarche vise aussi à obtenir la possibilité, en raison de l'embargo international, d'acheminer des vivres et des médicaments de première nécessité à l'intérieur des frontières du Koweït et de l'Irak, et à participer au transfert des ressortissants étrangers désirant quitter les deux pays ou à faciliter la communication entre ceux-ci et leurs familles à l'étranger.

Malgré des efforts persistants déployés tout le restant de l'année – y compris au niveau de la présidence du CICR –, l'institution n'obtient rien du pouvoir de Bagdad, au prétexte qu'il ne s'agit pas, selon le pouvoir irakien, d'un conflit international, mais d'une simple crise politique, dans laquelle le CICR n'a pas autorité pour intervenir¹⁵.

13 Et ceci en dépit d'un accord signé par les belligérants en novembre 1988 au siège du CICR.

14 Ceux-ci se poursuivent, avec des hauts et des bas, jusqu'en mai 2003 ! Au total, plus de 95 000 prisonniers de guerre des deux bords seront rapatriés.

15 Christophe Girod, *Tempête sur le désert. Le Comité international de la Croix-Rouge et la Guerre du Golfe 1990-1991*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 1995, pp. 32-33.

Le 31 janvier 1991 enfin, soit après le début du conflit avec les forces de la Coalition, le CICR peut finalement acheminer un premier convoi (suivi bientôt par d'autres) d'assistance massive en Irak¹⁶. Il s'agit de suppléer aux graves pénuries de vivres et de médicaments qui frappent la population civile irakienne, dans la capitale spécialement. Une attention particulière est aussi portée à l'eau potable. Et, dès février, des stations mobiles pour purifier l'eau sont mises en place à Bagdad, tandis que les ingénieurs sanitaires du CICR s'emploient aussi à remettre en état de marche les installations existantes. L'éclatement de la révolte shiite dans le sud du pays, puis de celle des Kurdes dans le nord incite le CICR à élargir son champ d'action également en faveur des centaines de milliers de victimes dans ces deux zones. Des distributions de vivres, de biens de première nécessité, de médicaments, et la mise en place d'équipes médicales du CICR ont ainsi lieu dès le mois de mars¹⁷.

Les affrontements armés au Kurdistan donnent aussi lieu à des visites de militaires irakiens fait prisonniers par les combattants kurdes. Le CICR facilite alors le retour de ces détenus dans leur famille ; en revanche, il ne peut pas intervenir en faveur des Peshmergas capturés par l'armée irakienne.

En parallèle, dès la suspension des hostilités internationales, le 28 février 1991, le CICR commence à enregistrer l'identité des prisonniers de guerre irakiens ou membres de la Coalition, et à s'assurer de la volonté de chacun d'eux d'être rapatrié. Quelque 85 000 soldats irakiens sont ainsi visités. Au cours des semaines suivantes, l'institution organise le retour au pays de ces dizaines de milliers d'hommes. Comme dans chaque conflit, se pose ensuite la question des disparus et de leur recherche. Les réunions à ce sujet entre ex-belligérants se poursuivent aujourd'hui encore sous les auspices du CICR.

D'une guerre à l'autre

Au cours des années qui suivent la seconde Guerre du Golfe, le CICR continue ses activités humanitaires en Irak. Celles-ci portent principalement sur l'assistance médicale – avec un important volet sanitaire –, en relation avec l'embargo international imposé au pays ; ainsi que sur les actions de protection et de rétablissement des liens familiaux. Entre 1993 et 2002, de 77 % à 91 % des dépenses du CICR en Irak sont consacrées à ces deux domaines.

Les tensions interkurdes qui se font jour dès mai 1994¹⁸ et qui vont bientôt tourner à l'affrontement ouvert, surtout entre les deux principaux partis (le Parti démocratique du Kurdistan – PDK – et l'Union patriotique du Kurdistan – UPK), amènent le CICR à intervenir et à coordonner les activités du Mouvement Croix-Rouge dans le nord de l'Irak. Il s'agit dès lors de porter

16 Auparavant, la délégation de Bagdad avait toutefois apporté une assistance d'urgence à la population et aux hôpitaux de la ville.

17 *Golfe 1990-1991 : de la crise au conflit. L'action humanitaire du CICR*, Genève, CICR, 1991.

18 Ce n'est qu'en 1998 que les deux formations s'accordent sur la formation d'un gouvernement et d'un Parlement intérimaire au Kurdistan. L'accord de paix entre le PDK et l'UPK ne sera toutefois signé qu'en avril 2002.

secours (avec des distributions de matériel en collaboration avec le Croissant-Rouge irakien) et protection à la population civile, la première à souffrir des hostilités¹⁹. Les délégués du CICR visitent également les combattants ennemis tombés aux mains des différentes factions kurdes.

De 2003 à aujourd'hui

Le 20 mars 2003, une coalition militaire emmenée par les États-Unis envahit et occupe l'Irak, après avoir renversé le régime de Saddam Hussein. Comme en 1991, le CICR est alors la seule organisation humanitaire internationale à rester opérationnelle dans l'ensemble du territoire irakien au plus vif des combats. Durant cette nouvelle guerre internationale, la priorité de ses délégués sera de fournir des secours médicaux aux hôpitaux en faveur des blessés de guerre et de maintenir en activité les services sanitaires de base (notamment le système d'approvisionnement en eau). Une aide d'urgence sera également remise à des personnes déplacées ou à des institutions sociales. Enfin, le CICR visite des centaines de prisonniers de guerre ou d'internés civils tombés aux mains des troupes d'occupation.

Si les hostilités se terminent officiellement en mai 2003, et formellement en juin 2004 avec l'instauration d'un nouveau gouvernement irakien après une période d'occupation militaire, le conflit international cède alors la place à des troubles internes qui progressivement prennent l'allure d'une guerre civile larvée. Dans ces conditions, le CICR poursuit son mandat humanitaire pour les victimes des événements en Irak, d'abord en étant directement sur place, puis, à la suite d'un attentat meurtrier à la voiture piégée contre sa délégation de Bagdad, le 27 octobre 2003, en *remote control* depuis la Jordanie voisine²⁰.

Analyse d'une opération particulière

Ce bref panorama historique des activités du CICR en Irak pendant près de 60 ans amène à plusieurs questionnements ayant trait à l'essence même du travail humanitaire dans une situation de violence latente ou ouverte.

La première question concerne la marge de manœuvre dont dispose une institution telle que le CICR pour mener à bien son travail humanitaire, en ayant d'emblée à l'esprit les limites intrinsèques à cette latitude. Celles-ci sont déterminées par le cadre « légal » dans lequel l'institution évolue et qui se compose de deux lignes de force distinctes. L'une est liée à un droit, l'autre à un devoir. Sur le premier point, l'essentiel du mandat du CICR découle, comme chacun sait, d'un corpus de droit international humanitaire constitué par les

19 Aux affrontements interkurdes s'ajoutent aussi les incursions sporadiques de l'armée turque sur territoire irakien dans son combat contre le Parti des Travailleurs kurdes (PKK).

20 Cela n'empêche pas le CICR de continuer d'employer des centaines d'employés irakiens travaillant, eux, directement dans le pays.

quatre Conventions de Genève de 1949 et leurs deux Protocoles additionnels de 1977. C'est sur la base de ces textes juridiques que non seulement le CICR légitime son action en faveur des victimes de la guerre, mais qu'il est aussi légitimé aux yeux des membres de la communauté internationale signataires de ces traités pour agir de la sorte. Il s'agit certes de deux avantages de poids pour qui souhaite œuvrer dans des contextes de violence armée. Reste que ces atouts sont en partie contrebalancés par la contrainte, souvent imposées au CICR par les États belligérants, de ne pas sortir de ce mandat conventionnel ; c'est-à-dire de ne pas faire usage de la seconde possibilité à sa disposition, à savoir son droit d'initiative humanitaire qui, lui, se fonde sur la seule constatation du devoir d'aider les victimes.

Dans le cas irakien, et notamment lors du conflit avec l'Iran, les autorités de Bagdad ont ainsi constamment rappelé au CICR qu'elles ne l'acceptaient sur leur territoire que dans le cadre de son activité directement liée aux Conventions de Genève et à ses bénéficiaires immédiats (prisonniers de guerre iraniens en premier lieu). De ce fait, toute demande sortant de ce cadre conventionnel se heurtait à une fin de non-recevoir de la part d'un gouvernement qui demeurait très farouche à l'égard de toute ingérence dans ses affaires internes²¹.

Dans cet exemple, qui peut d'ailleurs être généralisé à l'ensemble des contextes dans lesquels il opère, le CICR a dû adapter sa politique de façon à rechercher le point de balance entre ce qu'il lui était autorisé et ce qui pourrait lui être interdit de faire, entre le licite et le tabou. Dans ce difficile exercice d'équilibrisme, le CICR a dû aussi toujours tenir compte de la nécessité de remplir le mandat conventionnel qui lui est échu, et pour cela assurer sa présence auprès des bénéficiaires premiers de ses services. Il s'est agi dès lors de procéder à une pesée des intérêts, en se demandant à chaque fois si l'on risquait de mettre en péril l'assistance à des victimes couvertes par les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels, en réclamant un accès à d'autres victimes certes, mais hors de la compétence formelle du CICR. La tension entre droit et devoir a trouvé ici toute son essence. Et elle a été d'autant plus douloureuse qu'elle a forcé à une sélection parmi les victimes qui avaient besoin d'une aide humanitaire.

Ceci nous amène alors à nous demander pour quel(s) type(s) de victimes le CICR a travaillé durant ces quelque soixante années de présence en Irak.

Il apparaît tout d'abord que les populations à bénéficier de l'attention et/ou du soutien de l'institution (du moins jusqu'en 1991) se rangent dans la catégorie des minorités. Qu'elles soient juives, kurdes ou iraniennes (et dans ce cas-là, également durant la guerre Iran-Irak), qu'elles exaltent (Kurdes) ou

21 L'absence de réciprocité de la part de l'Iran doit, par ailleurs, être considérée comme un facteur aggravant, raidissant un peu plus la position du gouvernement de Bagdad envers les demandes du CICR. En effet, empêché durant des mois de mener ses activités de protection en faveur des prisonniers de guerre irakiens, le CICR a été tributaire de cette situation difficile qui se reporta inévitablement sur les discussions qu'il put avoir avec le régime de Saddam Hussein : ce dernier avait beau jeu de contrer toute nouvelle initiative humanitaire du CICR en Irak même en mettant en avant son inaction chez l'adversaire.

non (Juifs) leur particularisme, ces catégories de personnes sont considérées et traitées par le pouvoir central comme des populations allogènes quelle que soit leur nationalité. Ce distinguo, qu'il existe *de facto* ou en fonction d'une actualité particulière (Guerre de Palestine), traverse d'ailleurs tous les types de régime que connaît le pays, et n'est pas sans conséquences sur les possibilités qu'a le CICR d'aider ces minorités.

Si, comme on l'a vu, le CICR peut agir sans trop de difficultés pour les populations protégées par les Conventions de Genève (en particulier la III^e et la IV^e), c'est-à-dire les ressortissants iraniens, il n'en va pas de même pour celles mises en lumière par le seul droit d'initiative de l'institution. Dans ce cas, le bilan n'est pas vraiment positif si l'on prend en compte les trente premières années d'activités du CICR dans l'ancienne Mésopotamie. Le CICR se heurte alors continuellement à la mauvaise volonté des autorités quand il s'agit d'intervenir en faveur des Juifs et des Kurdes (preuve supplémentaire de la position d'infériorité dans laquelle sont placées ces populations). Dans le cas des premiers, et malgré une certaine pugnacité, le CICR n'obtient que la possibilité de rétablir les liens familiaux (avec en prime l'envoi d'une petite assistance matérielle) entre des détenus « politiques »²² juifs et leurs proches. En ce qui concerne les Kurdes, l'échec est plus patent puisque devant l'inflexibilité du pouvoir à reconnaître une situation de guerre, bloquant ainsi toute intervention légale du CICR, l'institution sera contrainte de « jouer » en dehors du cadre juridique, en faisant parvenir quasiment en contrebande des médicaments au Kurdistan irakien.

Le manque de résultats concrets est donc largement imputable à l'attitude pour le moins intransigeante des gouvernements irakiens face aux demandes de l'institution. Mais n'y a-t-il pas eu aussi une certaine autocensure de la part du CICR lui-même, l'empêchant d'en exiger plus de la part du pouvoir de Bagdad ? La réponse est certainement positive dans le cas de la minorité israélienne. En effet, les délégués sur place n'hésitent pas à informer le siège sur le fait que toute demande d'intervention en faveur des Juifs en Irak soulève inévitablement la question problématique de ce que fait l'institution pour les populations arabes qui se trouvent également dans une situation délicate. Comme le résume le délégué de Cocatrix : « *Lorsque nous [avons] parlé de la minorité juive, on n' [a] pas manqué [du côté des autorités irakiennes] de nous faire sentir qu'il était tout de même étrange que l'on veuille s'occuper si attentivement des Juifs qui quittent volontairement le pays pour Israël alors que l'on ne semble pas beaucoup s'inquiéter du sort des 800 000 Arabes qui ont tout perdu et que l'on veut empêcher de retourner chez eux*²³. » Faute de ne pouvoir aider les seconds

22 Nous mettons le terme politique entre parenthèses, car le CICR ne peut aider que les personnes formellement inculpées d'activités « sionistes » ou « communistes ». On peut toutefois se demander si les motifs pour lesquels des Juifs se retrouvaient en prison en Irak à l'époque, n'étaient pas tous de nature politique, indépendamment des chefs d'accusation pesant sur eux.

23 ACICR, B AG 233 098-001, note au CICR N° 1589, 25 avril 1951. Les autorités irakiennes iront même jusqu'à poser des questions jugées « inconvenantes », comme celle de l'influence « juive » sur le CICR ou du nombre de Juifs dans le Comité : *idem*, Rapport sur la mission en Irak du 2 au 6 et du 19 au 21 septembre 1954, 16 novembre 1954.

(qui sortaient d'ailleurs totalement de son mandat à l'époque), le CICR a-t-il «modéré» ses efforts en faveur des premiers ?

Cette question, dont on n'a pas forcément la réponse, doit être posée en tenant compte de l'attitude générale de l'institution face au «problème juif» pris dans son ensemble. La situation des minorités israélites vivant dans différents pays arabes au lendemain de la Guerre de Palestine préoccupe le CICR. Et s'il s'intéresse au sort de ces populations en Irak (à l'injonction pressante de différentes organisations juives, il faut aussi le souligner), il agit de même en Égypte, en Syrie ou au Yémen par exemple. Au-delà du geste humanitaire, ne doit-on pas voir dans les tentatives du CICR l'expression aussi d'une certaine mauvaise conscience que l'on chercherait en somme à évacuer ? Il paraît en effet certain que l'un des facteurs de l'implication de l'institution dans le problème des minorités juives arabophones vise, consciemment ou non, à suppléer l'impuissance – qui lui est d'ailleurs reprochée dès 1945 – dont elle a fait preuve en ce qui concerne les victimes juives de la Seconde Guerre mondiale²⁴. Or, le travail sous contrainte, y compris celle que l'on s'impose à soi-même, n'est jamais porteur de bons résultats. A cela s'ajoute aussi la multiplication des victimes. Car si les populations juives dans des pays arabes purent être considérées pendant un temps par le CICR comme la seule communauté ayant besoin d'assistance, elles seront bientôt rejointes par d'autres victimes, arabes cette fois, celles issues de la Guerre de 1948. L'opresseur changeait alors également de camp, ce qui ne sera peut-être pas sans effet sur les résultats, ou plutôt l'absence de résultats dans ce dossier.

Dans le cas des Kurdes maintenant, il semble que ce soit l'attitude trop prudente du CICR qui ait empêché l'espoir de développer une action en faveur de cette population. Malgré le constat explicite qu'il s'agissait d'une guerre civile (situation dans laquelle le droit d'intervention du CICR est reconnu depuis 1921, sous certaines conditions), le CICR se retranche derrière une posture attentiste, celle d'obtenir avant toute action de sa part l'agrément du pouvoir central. Pourtant, l'institution relèvera que, dans d'autres situations – et notamment dans le cadre de la Guerre d'Algérie –, elle avait osé braver la possible réticence du gouvernement légitime, en se bornant à informer celui-ci de l'envoi de délégués auprès de la partie adverse. Reste que ce précédent, et d'autres encore, ne sont pas mis à profit dans le cas irakien. Était-ce parce que le CICR avait en quelque sorte été «contraint» de s'intéresser à la question, sur l'instance des associations kurdes soutenues par des centaines de pétitionnaires (dont de nombreux originaires du bloc de l'est) qui s'étaient directement adressés à lui²⁵ ?

24 Jean-Claude Favez, *Une mission impossible ? Le CICR, les déportations et les camps de concentration nazis*, Lausanne, Payot, 1988.

25 On peut également se demander si cette position attentiste du CICR face à l'Irak n'était pas copiée de celle de la diplomatie fédérale. Ainsi, en 1958, le chef du Département des affaires étrangères, Max Petitpierre, n'avait pas souhaité s'entremettre – contrairement aux vœux de la légation suisse à Bagdad – dans une demande contre la condamnation à mort d'hommes politiques par le gouvernement Kassem, ne voulant pas inférer dans les affaires internes irakiennes. A noter que dès 1961, Max Petitpierre devient membre du Comité du CICR.

Quant aux minorités iraniennes expulsées d'Irak au tournant des années 1970, l'analyse est ici plus délicate. Certes le CICR obtient la possibilité d'agir directement en leur faveur, en obtenant – et pour la première fois – de s'établir physiquement dans le pays.

Mais les résultats de cette action soulèvent bien des interrogations. Car l'institution n'aide qu'une grosse centaine d'individus – ce qui est déjà louable en soi – à rentrer à nouveau en Irak, alors même que l'on apprendra plus tard que ce sont des dizaines de milliers d'autres qui auraient aussi eu besoin de ses services. Dans ces conditions, pourquoi avoir si rapidement fermé sa délégation à Bagdad ? Était-ce de manière volontaire ? Sous pression du gouvernement irakien ? Devant le silence des documents publics du CICR à ce sujet, seule l'ouverture des archives de cette période permettra peut-être de résoudre cette mystérieuse question.

Enfin, toutes les minorités de l'Irak ne sont pas logées à la même enseigne. Pour certaines, et malgré des appels à l'aide, le CICR ne fait rien. C'est notamment le cas des Assyriens ou Assyro-Chaldéens. Contactée par des représentants de la communauté assyrienne à l'étranger à propos de l'emprisonnement des leurs en Irak, l'institution se borne à demander des renseignements supplémentaires sur les conditions de vie de cette minorité. Et, lors des différents entretiens avec les autorités irakiennes, il ne sera pas officiellement fait mention de cette population chrétienne.

Reste que ce n'est pas tant la sollicitude ou non du CICR envers les minorités irakiennes qui est en cause, que le manque d'intérêt pour le reste de la population irakienne. La chose se constate notamment dans le domaine de la détention à caractère politique²⁶. Conscient dès la fin des années 1950, de la situation des nationaux irakiens détenus politiques, notamment après le coup d'État du général Kassem, des sévices commis à leur encontre et du manque total de garanties judiciaires²⁷ ; et quoique son aide ait même été souhaitée par des membres du Croissant-Rouge irakien, le CICR se retranche derrière un argumentaire juridique et politique à la fois. D'une part, il n'existe aucun cadre légal pour une intervention en raison de l'absence d'une situation de réel conflit ; d'autre part, le risque de « *cabrer* », « *braquer* » (les termes sont utilisés) le gouvernement en lui présentant une démarche qui pouvait être perçue comme inopportune est bien trop grand. Dans ces conditions, l'institution n'effectuera jamais de démarche officielle à ce propos. Et si l'on imagine un jour pouvoir intervenir en Irak, ce serait en faveur des membres du parti Baath emprisonnés après la prise de pouvoir d'Abdulasalam Arif, en novembre 1963. On notera au passage que, sur le terrain, le CICR est conscient de son « impuissance », qui n'est d'ailleurs pas sans conséquence sur d'autres catégories de victimes. Ainsi, pour éviter de « *se faire taxer d'impartialité et de sympathie particulière à l'endroit des juifs* », la délégation générale pour le Moyen-Orient ne voudra pas « *dissocier la situation*

26 Voir le dossier ACICR B AG 225 098-001

27 Un délégué ira même jusqu'à comparer les procès en Irak à ceux tenus lors de la Révolution française !

*d'une poignée de détenus israéliens de l'ensemble du problème*²⁸». En d'autres termes, la retenue affichée par le CICR envers les premiers pourrait aussi se concevoir comme une conséquence de son manque d'action envers les seconds.

De la guerre et de l'humanitaire

La guerre Iran-Irak, puis les deux autres guerres du Golfe permettent cette fois de s'interroger sur une autre dimension de l'action humanitaire, à savoir sa possible instrumentalisation par un gouvernement. A nouveau, la problématique ne se réduit pas au seul exemple irakien et peut être appliquée à d'autres contextes opérationnels du CICR.

Dès 1980, on l'a vu, le CICR s'installe de manière permanente en Irak. Il s'agit pour l'institution, avec l'aval du pouvoir, de s'occuper à nouveau d'une minorité, mais cette fois protégée par le droit international humanitaire, à savoir les prisonniers de guerre et les populations civiles internées iraniens. En ce sens, la présence physique du CICR sur sol irakien n'entraîne pas une augmentation du nombre des catégories de victimes nécessitant potentiellement la protection de l'institution. En d'autres termes, aucune démarche n'est entreprise durant les années 1980 en faveur de bénéficiaires irakiens, et en premier lieu les détenus politiques (c'est du moins ce qui ressort de la documentation publique de l'institution). L'explication à ce « silence » a déjà été donnée plus haut, soit l'opposition systématique de Bagdad à toute possible action du CICR sortant du mandat conventionnel qui lui était donné.

On peut alors se poser une double question : en quoi l'attitude du CICR (et en particulier sa réserve sur la situation interne en Irak) fut-elle utile aux autorités irakiennes, et en quoi le gouvernement de Bagdad profita de la présence de l'institution pour sa propre propagande, voire peut-être pour son maintien ?

S'il est difficile de répondre à la première partie de cette interrogation, on relèvera toutefois que la relation des activités du CICR durant la guerre Iran-Irak, telle qu'elle transparait dans les rapports annuels publics de l'institution, stigmatise beaucoup plus l'un des adversaires que l'autre²⁹. Évidemment, les « critiques » de l'institution se fondent sur la réalité des faits. Mais, par exemple dans la question de l'utilisation de l'arme chimique, on est en droit de se demander pourquoi les différentes exhortations du CICR placent les deux belligérants sur le même pied d'égalité alors que seul l'un d'entre eux fit un usage massif et avéré de gaz de combats³⁰. Dans ce contexte, ne pas soulever les

28 ACICR, B AG 233-098-001, note N° 131, 25 mai 1959.

29 Au niveau sémantique, on peut ainsi noter l'utilisation des termes « difficultés » (RA 1981, p. 48), « graves difficultés » (RA 1982, p. 65), de violations de façon répétée des Conventions (RA, 1983, p. 57) quant il s'agit de décrire les activités en Iran, termes qui n'ont pas leur pendant du côté irakien, où l'on fait usages de mots plus neutres (« cette question n'était toujours pas réglée » – RA, 1981, p. 48).

30 Dès 1983, l'Irak fait un usage des armes chimiques à la fois contre l'armée iranienne, mais aussi contre des populations civiles, en particulier kurdes. Cette utilisation ne suscite pas de réaction notable de la communauté internationale, malgré le fait que l'Irak soit signataire en 1931 du protocole de Genève de 1925. La thèse défendue par Bagdad, et reprise à son compte pendant quelques temps aussi par l'administration Reagan, voulait que l'utilisation de l'arme chimique soit le fait de l'armée iranienne. Cette allégation, qui n'a jamais pu être prouvée, a été infirmée par de nombreux spécialistes, y compris par l'*International Crisis Group*.

problèmes intérieurs que pouvait rencontrer l'une des parties au conflit ne pouvait *in fine* que la servir.

Quant à l'instrumentalisation du CICR par le régime irakien, elle est également peu aisée à appréhender en l'absence d'une documentation d'archives. En autorisant, après des années de fermeture, l'institution à s'établir dans le pays au début du conflit avec l'Iran, le régime irakien n'en a-t-il pas pris prétexte pour montrer au monde extérieur toute sa bonne volonté à œuvrer en toute humanité, et par là acquérir un regain de sympathie? De même, l'Irak aura tout à gagner à écouter le CICR et à un peu mieux respecter les Conventions de Genève – notamment dans la question stratégique et médiatique des prisonniers de guerre – que ne le fera son voisin, qui s'attirera par là l'opprobre du CICR, et par ce biais celle d'une partie de la communauté internationale.

Enfin, et toujours dans la même optique, on peut se demander si le travail effectué par l'institution en Irak après 1991 – et la publicité donnée à celui-ci – n'ont pas en fin de compte aussi servi d'armes de propagande au régime de Saddam Hussein pour dénoncer, de concert avec le CICR, les conséquences humanitaires désastreuses de l'embargo imposé par les Nations unies. Le pouvoir irakien a pu ainsi facilement se faire passer comme une victime. Et c'est peut-être grâce à cette victimisation orchestrée qu'il a pu se maintenir encore en place pendant une dizaine d'années supplémentaires.

Conclusion

Au cours des 60 dernières années de son histoire, l'Irak a condensé l'ensemble des différentes formes que peut revêtir la conflictualité moderne. De la guerre civile au conflit international, en passant par les troubles intérieurs ou la lutte contre le « terrorisme », cet inventaire macabre offre toutefois une remarquable base d'observation quant à la réponse humanitaire que peut offrir une institution comme le CICR sur une longue période.

Or, la première remarque qui s'impose est que, indépendamment du contexte conflictuel, l'action du CICR s'est focalisée longtemps, pour des motifs juridiques et/ou politiques, sur un seul groupe de victimes à la fois. En d'autres termes, il n'a jamais eu la possibilité, jusqu'à l'orée des années 1990, de mener une action globale pour une majorité d'Irakiens. Si cette situation est due en large partie à l'attitude des autorités irakiennes, opposées à toute initiative humanitaire sortant du cadre strict des Conventions internationales qu'elles avaient signées, le CICR n'en partage pas moins une part de responsabilité, en s'étant « autocensuré » dans ses potentialités d'action³¹, soit en ne choisissant pas la voie d'une plus grande insistance et fermeté dans ses revendications (dans le cas des Kurdes surtout), de crainte de se mettre en porte-à-faux avec le pouvoir de Bagdad. Le positionnement de l'institution fut le résultat d'un choix, tendant à minimiser les risques et à maximaliser les chances de pouvoir effec-

31 Cette autocensure n'a pas forcément que des aspects négatifs pour le CICR. Ainsi, on peut émettre l'hypothèse que son peu d'implication envers la minorité juive en Irak – qu'il tente de justifier comme un acte d'impartialité – a permis en contrepartie à l'institution de conserver une certaine image et position dans un Moyen-Orient largement hostile à Israël.

tivement faire quelque chose pour les victimes de violence. Il y eut donc un perpétuel tiraillement entre le droit d'agir et le devoir de le faire. Ce calcul s'effectua en outre dans un environnement hostile, en face de gouvernements prêts à saisir et utiliser à son encontre le moindre faux pas de l'institution, surtout lorsqu'elle s'aventurait à aborder des questions de politique interne. Il n'est, dans ces conditions, pas étonnant que, lorsque les autorités irakiennes firent preuve de quelque esprit d'ouverture et entrèrent en matière quant aux desiderata du CICR, ces gestes ne concernaient que des populations appartenant à des minorités (comme dans le cas des Juifs irakiens en particulier); en d'autres termes, envers des personnes considérées, à tort ou à raison, comme «étrangères», soit en marge de la «vraie» société irakienne. L'attitude alors conciliante de Bagdad n'était du reste pas sans arrière-pensée, comme lors de la guerre Iran/Irak où le régime de Saddam Hussein visait à redorer son image, en montrant à la communauté internationale combien il était prêt à collaborer avec une institution humanitaire basée chez lui, et par conséquent à en respecter d'avance les préceptes et les recommandations. C'est donc finalement au travers d'un mélange de pesée des intérêts institutionnels, de balance entre obligation conventionnelle et initiative humanitaire, allié aux possibilités effectives d'intervention offertes par le pouvoir irakien, que s'effectua la sélection des victimes, et, comme corollaire immédiat, le fait que certaines catégories d'entre elles ont été laissées de côté.

Ce n'est qu'à la faveur de circonstances extérieures, en l'occurrence l'invasion de l'Irak par les troupes de la Coalition lors de la Seconde Guerre du Golfe, puis les troubles dans le nord et le sud du pays, que l'institution parvient enfin à secourir de manière concrète un plus vaste ensemble d'Irakiens. Si l'aide aux Kurdes et aux Shiites s'effectue sans le réel consentement de Bagdad, du fait de la mise en place de zones protégées, le pouvoir irakien s'accommode de la présence du CICR dans les territoires encore contrôlés par lui, mais à nouveau essentiellement pour des motifs de propagande et de stabilité interne.

Enfin, un bref mot sur la situation d'après mars 2003, où l'on constate un de ces revirements dont l'histoire a le secret. Car, au moment même où, après plus de cinquante ans de frictions avec le gouvernement irakien, qu'il soit monarchiste ou «républicain», se met progressivement en place un État plus «démocratique», et donc plus à même de véritablement collaborer avec le CICR, celui-ci se voit forcé, du fait de la violence armée qui l'atteint directement, de quitter les lieux et expatrier sa délégation dans la Jordanie voisine.

S'agit-il au final d'un retour à la case départ? La réponse serait positive si l'on considérait que l'engagement humanitaire suit toujours un développement linéaire et continu. Or, l'histoire du CICR en Irak prouve que, sur le long terme, la mécanique d'une action humanitaire n'agit pas de la sorte, procédant plutôt par palier, dans un mouvement de hauts et de bas modulé par des contingences tant internes qu'extérieures. Dans cette dernière catégorie, il faut inclure en particulier à l'évolution même du contexte de violence qui, dans le cas de l'Irak, progressa vers des formes les plus extrêmes. Mais ceci ne doit pas non plus exonérer le CICR, notamment dans ses décisions d'aider ou non tel ou tel groupe de victimes. La question qui se poserait alors est de savoir si, dans sa longue expérience irakienne, il a toujours choisi les victimes qui avaient le plus besoin de lui.

Neutralité, impartialité et indépendance : la clé de l'acceptation du CICR en Irak

Karl Mattli et Jörg Gasser*

Karl Mattli a été chef de la délégation du CICR responsable de l'Irak de 2005 à 2007. Jörg Gasser a été son adjoint pendant la même période.

Résumé

Cet article décrit le contexte des opérations du CICR en Irak, où le conflit de 2003 et les violences intercommunautaires ont été précédés par la guerre Irak-Iran dans les années 1980, la guerre du Golfe de 1990-1991 et les effets des sanctions. Les nombreuses attaques de grande ampleur, y compris l'attentat à la bombe contre la délégation du CICR à Bagdad en 2003 et les menaces qui continuent à peser sur les délégués du CICR, ont conduit l'institution à garder un profil bas et exigé un nouveau mode opératoire, dans lequel une présence réelle sur place est appuyée par des dispositifs de commande à distance pour les activités d'assistance dans les régions les plus périlleuses. Les projets destinés à répondre aux besoins essentiels en assurant l'approvisionnement en eau, l'évacuation des eaux usées et le soutien des établissements de santé sont des exemples de ce cadre opérationnel nouveau pour le CICR. Si la commande à distance et les opérations d'appui ont permis de mettre en œuvre des programmes de portée et d'ampleur croissantes, elles ne remplacent pas pour autant une présence directe sur le terrain, et il a été nécessaire pour favoriser l'acceptation du CICR d'insister sur les contacts en réseau et sur la communication. Les auteurs de cet article considèrent néanmoins qu'une action indépendante, neutre et impartiale en Irak demeure possible, malgré les risques de sécurité inhérents à la situation.

.....

* Cet article reflète l'opinion de ses auteurs et pas nécessairement les vues du CICR. Les études de cas sur les activités concernant l'eau et l'assainissement sont basées sur les rapports écrits par l'expatrié et les ingénieurs irakiens, sur le terrain et au siège, qui ont élaboré et développé le programme en Irak au cours des ans. Original anglais, publié sous le titre « A neutral, impartial and independent approach : Key to ICRC's acceptance in Iraq ». *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N° 869, mars 2008, pp. 153-168.

Les conflits et troubles internes incessants des dernières décennies, ainsi que l'agitation politique et ses conséquences, ont ravagé l'Irak, tandis que bon nombre de ses problèmes intérieurs restent sans solution. Sa position géostratégique au Moyen-Orient et sa richesse en ressources naturelles continuent à l'exposer aux ingérences régionales et internationales. L'invasion de 2003 et le conflit en cours ont infligé d'immenses souffrances à l'ensemble de sa population. Il reste un long chemin à parcourir pour rétablir l'ordre et pour parvenir à la réconciliation politique. L'acheminement de secours humanitaires par des forces armées et par certaines organisations humanitaires intégrées aux forces armées a érodé la distinction entre les rôles militaire et humanitaire. À l'instar d'autres organismes humanitaires, le CICR a payé un lourd tribut en Irak : sa délégation a été l'objet d'un attentat à la bombe et des collaborateurs ont été assassinés.

Le contexte

Après les deux guerres des années 1980 et de 1990-1991, la politique du Conseil de sécurité de l'ONU vis-à-vis de l'Irak s'est articulée autour d'un blocus économique total et appliqué avec rigueur¹. La population irakienne a dû supporter une partie du fardeau, malgré le programme « pétrole contre nourriture »² lancé en 1996, qui a vite montré ses limites, en termes de portée comme d'impact.

La crise actuelle a été précipitée par les événements du 11 septembre 2001, qui ont conduit à la « guerre contre le terrorisme » et à la désignation de l'Irak comme composante d'un « axe du mal ». Au début de l'année 2003, les États-Unis annonçaient que la voie diplomatique ayant échoué, ils avaient l'intention, grâce à une coalition internationale (dite « *coalition of the willing* »), de « débarrasser l'Irak de ses armes de destruction massive »³. Le 20 mars, l'invasion de l'Irak (opération « *Iraqi Freedom* ») était lancée. Les forces de la coalition progressèrent très rapidement, atteignant Bagdad le 9 avril, et l'armée irakienne fut rapidement vaincue. À la fin du mois, la phase d'invasion était

1 Voir la résolution 661 du Conseil de sécurité des Nations Unies (6 août 1990).

2 Le 14 avril 1995, agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, le Conseil de sécurité a adopté la résolution 986, instituant le programme « pétrole contre nourriture », qui offrait à l'Irak la possibilité de vendre du pétrole pour financer l'achat de fournitures humanitaires et autorisant diverses activités prescrites par l'ONU concernant l'Irak. Ce programme, tel que l'a établi le Conseil de sécurité, tenait compte de la nécessité de « répondre, à titre de mesure temporaire, aux besoins humanitaires du peuple irakien jusqu'à l'application par l'Iraq des résolutions pertinentes du Conseil de sécurité, notamment la résolution 687 (1991) du 3 avril 1991 » ; voir <http://www.un.org/french/Depts/oip/background/indexF.html> (consulté pour la dernière fois le 10 mai 2008).

3 Déclaration du président George W. Bush devant l'Assemblée générale des Nations Unies le 12 septembre 2002 (voir <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/09/20020912-1.html> (consulté pour la dernière fois le 10 mai 2008)). Dans une déclaration datée du 6 février 2003, le président George W. Bush a confirmé que « les États-Unis, avec le concours d'une coalition de nations toujours plus nombreuses, sont déterminés à prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer notre défense et désarmer le régime irakien ». (Voir <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2003/02/20030206-17.html> ; consulté pour la dernière fois le 10 mai 2008).

considérée comme achevée. Saddam Hussein avait disparu et son régime était tombé⁴.

De la résistance contre l'occupant...

Le vide sécuritaire qui suivit la défaite de l'armée irakienne déboucha sur une période de chaos et de violence extrêmes, marquée par des ripostes vengeresses ainsi que par un pillage à grande échelle des hôpitaux, des musées et des arsenaux militaires. Les forces de la coalition n'étaient pas en mesure de faire face à l'escalade de la violence, notamment à Bagdad et dans la région dite du « triangle sunnite »⁵. Des attentats à la bombe meurtriers se produisirent bientôt très régulièrement. Une attaque contre le siège des Nations Unies en Irak, le 19 août 2003, coûta la vie à Sergio Vieira de Mello, Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies en Irak, ainsi qu'à 21 au moins de ses collègues, et le 27 octobre deux employés du CICR trouvèrent la mort dans une attaque contre le siège de l'institution à Bagdad. Les rangs des militants opposés à l'occupation grossirent. Les critiques se firent de plus en plus vives à l'encontre de l'Autorité provisoire de la coalition (CPA), jugée incapable de rétablir les services publics à leur niveau d'avant-guerre. Le 31 mars 2004, l'assassinat de quatre agents privés et la mutilation de leurs cadavres à Falloujah⁶ déclenchèrent une opération militaire américaine massive destinée à « pacifier » la ville. Parallèlement, les milices chiites, en particulier les membres de l'« armée du Mahdi » et les partisans de l'imam Moqtada al-Sadr, commencèrent à s'en prendre aux forces de la coalition à Koufa, à Kerbala et à Najaf, ainsi que dans la partie de Bagdad dite « Sadr City ». Les enlèvements se multiplièrent et les films vidéo de décapitations choquèrent le monde civilisé. Le 28 juin 2004, l'Autorité provisoire de la coalition transféra la souveraineté officielle au gouvernement intérimaire de l'Irak, la restituant ainsi à la population. Mais les sondages montraient qu'une large majorité d'Irakiens persistaient à percevoir les Américains comme des occupants⁷.

Par sa résolution 1546 du 8 juin 2004, le Conseil de sécurité de l'ONU approuva la formation d'un gouvernement intérimaire souverain de l'Irak,

4 Saddam Hussein fut capturé le 13 décembre 2003 par la 4^e division d'infanterie et l'Unité spéciale 121. Il fut jugé et condamné à mort; son exécution eut lieu le 30 décembre 2006. Ses deux fils, Oudaï et Qoussaï, furent tués au combat par les forces de la Coalition le 22 juillet 2003. La plupart des personnes figurant sur une liste américaine des 55 anciens dirigeants du parti Baas les plus recherchés ont depuis été capturées ou tués. Izzat Ibrahim ad-Douri, vice-président sous Saddam Hussein, qui serait l'un des principaux dirigeants de l'insurrection, est considéré actuellement comme la personne la plus recherchée par les États-Unis et par le gouvernement irakien.

5 Région fortement peuplée située au nord-ouest de Bagdad, où vivent surtout des Arabes musulmans sunnites. Les sommets de ce triangle virtuel sont généralement considérés comme un point situé légèrement à l'est de Bagdad, Ramadi (à l'ouest) et Tikrit (au nord). Le triangle englobe aussi les villes de Baqouba, Mossoul et Falloujah.

6 Leurs corps calcinés furent pendus à un pont sur l'Euphrate. Voir par exemple http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle_east/3585765.stm (consulté pour la dernière fois le 10 mai 2008).

7 Voir <http://www.globalexchange.org/countries/mideast/iraq/2050.html> (consulté pour la dernière fois le 10 mai 2008).

« qui assumera pleinement d'ici le 30 juin 2004 la responsabilité et l'autorité de gouverner l'Irak »⁸. La Force multinationale en Irak (MNF-I) demeura dans le pays, dotée de pouvoirs étendus qui lui étaient conférés par le mandat des Nations Unies.

... à la violence sectaire

Les dissensions continuèrent après les élections ; la période suivant l'entrée en fonctions, le 30 janvier 2005, d'une Assemblée nationale transitoire, fut marquée par un renforcement de la violence entre factions. Les négociations sur la nouvelle constitution mirent en évidence un fossé de plus en plus large entre les Arabes sunnites, d'une part, et les chiites et les Kurdes d'autre part⁹. La confrontation politique entre ces groupes donna lieu, avec une fréquence croissante, à des actes de violence qui, la plupart du temps, touchaient des civils. Les images rendues publiques en 2004, qui montraient les sévices physiques et sexuels et les humiliations de prisonniers irakiens par des militaires américains dans la prison d'Abou Ghraib, portèrent gravement atteinte à l'image des États-Unis en Irak. Les allégations de sévices à l'encontre de détenus arabes sunnites dans des postes de police et des établissements dépendant du Ministère de l'intérieur exacerbèrent la défiance entre les communautés.

Les élections générales de décembre 2005 et la formation, au terme de celles-ci, d'un gouvernement, ne purent empêcher l'aggravation du cercle vicieux de violence entre les factions. Le 22 février 2006, l'attentat à la bombe contre le mausolée chiite Askariya à Samarra détruisit le dôme de la Mosquée d'or et déclencha une vague de violence intercommunautaire d'une intensité sans précédent, en particulier à Bagdad¹⁰.

L'armée et les forces de sécurité irakiennes, encore en cours de constitution, n'étaient pas en mesure de faire face à une violence d'une telle intensité. En outre, les tensions croissantes entre les États-Unis et l'Iran n'étaient guère propices à la sécurité et à la stabilité en Irak. En 2007, l'élan tridimensionnel imprimé par la « montée en puissance » militaire des États-Unis, suivie par la décision des forces du « Conseil du réveil » sunnite de combattre Al-Qaïda et par la décision de Moqtada al-Sadr de suspendre les opérations de l'armée du Mahdi, ont contribué à améliorer la sécurité dans des zones de l'Irak précédemment troublées, y inclus Bagdad. Pour la première fois depuis 2003, le nombre de victimes a commencé à décroître à Bagdad, même s'il est resté élevé. Ces améliorations, cependant, restent fragiles. Elles ne sont pas uniformes dans tout le pays et la réconciliation politique demeure en retard. La plupart des Irakiens craignent que la stabilité provisoire actuelle ne vole en éclats à tout moment.

8 Résolution 1546 du Conseil de sécurité, 8 juin 2004, par. 1.

9 Bien que les Arabes sunnites aient finalement participé au référendum du 15 octobre 2005, ils l'ont fait pour rejeter la Constitution.

10 Voir <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2006/02/22/AR2006022200454.html> (consulté pour la dernière fois le 10 mai 2008).

Facteurs de division et de cohésion

Les conflits internes passés et présents, en particulier autour de la question kurde, et les violences brutales entre les communautés chiites et sunnites ont soumis à très rude épreuve l'unité du pays. En 2007, les effets du conflit interne, accentués par sa composante internationale, ont continué à semer la souffrance et la misère dans de nombreuses régions du pays. Son centre géographique s'est déplacé vers le nord, en particulier vers les provinces de Ninive, de Diyala et de Ta'mim. Le sud du pays a, dans une large mesure, été épargné par les épisodes de grande violence, bien que la population y soit aussi exposée à des incidents de sécurité sporadiques et que la zone de Basrah demeure instable.

La zone administrée par le gouvernement régional du Kurdistan est demeurée relativement calme, mais les zones dites « grises », ainsi que Kirkouk, les régions disputées à composition ethnique mixte, ont connu de graves tensions, avec des incidents de sécurité occasionnels¹¹. Dans les zones montagneuses à la frontière nord de l'Irak, où la population locale vit dans la crainte des bombardements et d'une offensive terrestre turque, la tension reste élevée.

Le scénario du conflit en Irak est aujourd'hui plus complexe que jamais. Au risque de simplifier, on peut catégoriser les confrontations de la manière suivante : les Arabes sunnites et les milices et groupes chiites contre la MNF-I et les forces armées et de sécurité irakiennes, la violence intercommunautaire entre sunnites et chiites et, enfin, les Arabes sunnites et chiites contre les Kurdes (conflit plutôt latent concernant le sort des « zones grises » et de Kirkouk). Mais des affrontements se produisent aussi entre Arabes sunnites et au sein des milices chiites dans diverses régions du pays¹². Sur le plan régional, on dénote, entre autres, des aspects de guerre « par procuration » entre les États-Unis, les autres pays de la région et l'Iran, sans oublier la question kurde, qui concerne la Turquie, l'Iran et la Syrie. À une échelle plus vaste, on doit encore citer les effets de la dynamique géostratégique internationale, y compris ce qu'il est convenu d'appeler la « guerre mondiale contre le terrorisme », qui oppose essentiellement les États-Unis aux « jihadistes ». En dépit de toutes ces oppositions profondément enracinées, on voit émerger certains facteurs de cohésion. De nombreux observateurs pensent que les Kurdes, même s'ils insistent sur leur statut spécial, ont intérêt à ce que l'Irak demeure uni. Les revendications d'indépendance de la partie méridionale de l'Irak ont pour ainsi dire cessé. Les Kurdes et les chiites savent qu'ils doivent négocier avec les Arabes sunnites. En outre, un grand nombre de sunnites montrent qu'ils sont

11 « Iraq and the Kurds: Resolving the Kirkuk crisis », International Crisis Group, *Middle East Report*, No. 64, 19 avril 2007. En ligne à l'adresse : <http://www.crisisgroup.org/home/index.cfm?id=4782> (consulté pour la dernière fois le 10 mai 2008).

12 Bien que la plupart des zones chiites paraissent aujourd'hui, de manière générale, relativement calmes et stables, des tensions – essentiellement liées à des litiges politiques et financiers – subsistent, en particulier à Basrah. D'autres tensions à l'intérieur de la communauté chiite (souvent à fondement religieux) touchent aussi régulièrement des villes comme Kerbala et Najaf. Après des décennies d'« oppression », les chiites semblent décidés à affirmer leur rôle nouveau de population majoritaire.

disposés à accepter les nouvelles réalités politiques irakiennes. Il est cependant très difficile de prédire l'évolution du conflit dans le pays.

Le CICR confronté à une crise aux graves conséquences humanitaires

Une proportion importante de la population irakienne continue à vivre dans la terreur permanente des enlèvements, des assassinats, des explosions et des arrestations. Les civils demeurent les premières victimes des hostilités, avec de nombreux morts, la destruction des moyens d'existence et des déplacements massifs de population à l'intérieur du pays ainsi que vers les pays limitrophes; les communautés d'accueil sont submergées par le flot des personnes déplacées à l'intérieur du pays et des réfugiés. Les progrès constatés en matière de sécurité dans certaines parties de l'Irak au cours du second semestre de l'année 2007 n'ont pas eu d'effet notable sur le nombre de familles déplacées; un grand nombre d'entre elles craignent toujours que les conditions ne soient pas réunies pour leur permettre de retrouver leur foyer dans des conditions de sécurité. Les rares personnes qui sont revenues ont souvent des difficultés à recouvrer leurs biens et il est probable que de nombreux habitants ne reviennent jamais dans leur lieu d'origine. Le nombre considérable de personnes déplacées a eu des effets profonds sur la situation démographique de l'Irak, avec des conséquences imprévisibles pour l'avenir à tous les échelons de la société.

Depuis 2003, des centaines de milliers de personnes ont été arrêtées en relation avec le conflit. La plupart d'entre elles sont libérées peu après leur arrestation, mais d'autres demeurent détenues pendant des années. Avec l'introduction, en février 2007, du Plan de sécurité de Bagdad – un projet conjoint de la coalition et des Irakiens pour rétablir l'ordre public – le nombre d'arrestations a fortement augmenté¹³. Les questions touchant le traitement des détenus et leurs conditions de détention ont suscité à maintes reprises des critiques sévères du système de détention en Irak¹⁴.

Le positionnement et la sécurité du CICR

Le CICR est présent de manière permanente en Irak depuis le début des années 1980, à l'époque de la guerre Irak-Iran. Sa présence a été renforcée durant la

13 Alors que le nombre total de personnes détenues dans des établissements d'internement sous l'autorité de la US/MNF-I était d'environ 13 000 au début de l'année 2007, il avait atteint près de 23 000 à la fin de l'année. Le nombre de personnes détenues par le gouvernement irakien a aussi augmenté de manière spectaculaire et, selon le Ministère de la justice, les prisons irakiennes sont pleines. Avec l'introduction du Plan de sécurité de Bagdad, les Ministères de la défense et de l'intérieur ont lancé des vagues d'arrestations massives et leur rôle sur le terrain s'est profondément modifié. De nouveaux locaux de détention ont été ouverts, tandis que d'anciens établissements ont été fermés ou transférés au Ministère de la justice. On estime que les prisons et autres lieux de détention du pays hébergeaient entre 10 000 et 15 000 personnes à la fin de 2007. À ce nombre s'ajoutent quelque 2000 personnes supplémentaires détenues dans le nord sous la responsabilité directe du gouvernement régional kurde.

14 Voir *Human Rights Report*, 1 January-31 March 2007, UN Assistance Mission for Iraq (UNAMI), par. 66-78, disponible à l'adresse <http://i.a.cnn.net/cnn/2007/images/04/25/un.report.pdf> (consulté pour la dernière fois le 10 mai 2008).

guerre du Golfe de 1990-1991, lorsque le CICR était la seule organisation internationale présente en Irak.

Pendant ces deux conflits, des dizaines de milliers de prisonniers de guerre et d'internés civils ont reçu la visite de délégués du CICR dans divers établissements, aux termes des III^e et IV^e Conventions de Genève, tandis que des dizaines de milliers de détenus ont été rapatriés sous les auspices de l'institution¹⁵. Pendant l'application des sanctions, le CICR a conçu des projets d'assistance et assuré une présence régulière dans l'ensemble du pays, devenant une institution de référence pour la situation humanitaire sur place¹⁶. Avec les années, les programmes du CICR ont progressivement évolué vers des aspects qui n'étaient pas couverts par le programme « pétrole contre nourriture », c'est-à-dire la reconstruction des infrastructures publiques, ainsi que la formation et le renforcement des capacités dans le secteur de la santé¹⁷. Outre ces mesures, ce sont les activités de protection en faveur des ressortissants de pays tiers dépourvus de représentation diplomatique, les prisonniers de guerre de la guerre Irak-Iran et le sort des personnes portées disparues après la guerre du Golfe de 1990-1991 qui sont demeurées le fondement de la présence du CICR en Irak¹⁸.

Les conditions posées par le CICR pour ses activités, les procédures qu'il suit ainsi que les réseaux qu'il a mis en place avec les divers ministères compétents pendant les treize années de sanctions économiques, en particulier avec les autorités nationales chargées de la santé et de l'eau, ont aidé à consolider sa réputation d'organisation humanitaire fiable et efficace.

Pendant la phase aiguë du conflit en 2003, le CICR a été une nouvelle fois l'unique grande organisation humanitaire présente et active en Irak¹⁹. Par la suite, le CICR s'est efforcé d'honorer son engagement de maintenir une réelle présence physique sur le terrain en Irak, tout en mettant en place un mode opératoire de « commande à distance » dans les zones du pays auxquelles il était particulièrement difficile d'avoir accès. Il a renforcé son personnel et créé une infrastructure correspondante, en utilisant ses activités médicales ainsi que ses activités en matière d'eau et d'assainissement comme vecteurs de compétences acquises pour réaliser d'autres activités humanitaires²⁰.

Comme indiqué ci-dessus, le CICR a aussi pâti d'un certain flou causé par l'association étroite de certaines autres organisations humanitaires avec la MNF-I.

15 Voir Christophe Girod, *Tempête sur le désert: Le Comité international de la Croix-Rouge et la guerre du Golfe 1990-1991*, Bruylant, Bruxelles, 1994.

16 Voir le rapport du CICR, « Iraq 1989-1999: A decade of sanctions », 14 décembre 1999, disponible à l'adresse : <http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/iwplList322/4BBFCEC7FF4B7A3CC1256B66005E0FB6#a4> (consulté pour la dernière fois le 10 mai 2008).

17 En octobre 1991, une quinzaine de mois après l'adoption par le Conseil de sécurité de la résolution 661 (1990) et l'imposition de sanctions commerciales, le CICR a envoyé en Irak une mission spéciale destinée à évaluer les besoins de la population et à déterminer les interventions appropriées. Le rapport contenant les conclusions de cette mission a été transmis en novembre 1991 aux membres du Conseil de sécurité. Voir aussi le rapport du CICR « Iraq 1989-1999: A decade of sanctions », note 16 ci-dessus.

18 Rapport du CICR « Iraq 1989-1999: A decade of sanctions », note 16 ci-dessus.

19 Voir *Annual Report 2003*, CICR, Genève, p. 264.

20 *Ibid.*

Après l'assassinat d'un délégué du CICR le 22 juillet²¹, l'attentat à la bombe contre le quartier général de l'ONU le 19 août, puis l'attaque contre la délégation du CICR à Bagdad le 27 octobre 2003, au cours de laquelle deux employés du CICR furent tués, l'institution déplaça une partie de son personnel dans la capitale jordanienne, Amman, pour ne laisser en Irak qu'un noyau de collaborateurs. Elle conserva toutefois certaines options pour des déplacements de personnel expatrié dans le pays, essentiellement pour des activités liées à la détention. À partir de 2004, les contacts nécessaires aux programmes d'assistance du CICR furent rétablis dans toutes les grandes provinces. L'assassinat brutal d'un autre employé du CICR en janvier 2005 marqua un violent coup d'arrêt et l'organisation prit alors la décision difficile de limiter fortement ses activités en Irak pendant plusieurs mois.

Un nouveau cadre opérationnel dans les zones à haut risque

Bien que l'Irak fût considéré comme un environnement à haut risque, dans lequel les notions habituelles de sécurité minimale de l'institution étaient poussées à l'extrême limite, le CICR finit par décider, après de longues consultations internes, de rester présent dans le pays, tout en adoptant un nouveau cadre opérationnel. Celui-ci fut mis en œuvre et affiné tout au long de 2006, alors que la situation générale de sécurité se dégradait gravement. La délégation réduisit fortement l'exposition de son personnel en limitant sa présence visible et en réduisant les déplacements au strict nécessaire. Parallèlement, la délégation renforça ses divers programmes d'assistance, en partie par des dispositifs de contrôle à distance, ainsi que sa mise en œuvre directe d'activités liées à la détention.

Fermement convaincu que la population irakienne appelait de ses vœux une action humanitaire neutre, impartiale et indépendante, le CICR renforça fortement les contacts en réseau afin de faire mieux accepter sa présence²².

Les activités de protection au premier plan

Les activités touchant la détention

Le nombre de personnes détenues en Irak en relation avec le conflit varie d'une année à l'autre. Tout au long de l'année 2006, le CICR a surveillé attentivement les conditions de vie de quelque 30 000 détenus ou internés aux mains des autorités irakiennes et des forces multinationales en Irak²³. Le CICR est la seule organisation internationale admise dans les lieux d'internement de la MNF-I.

21 Il s'agissait du deuxième décès, puisqu'un autre délégué du CICR avait été tué dans des échanges de tirs à Bagdad le 8 avril 2003.

22 Voir aussi *Coming to Terms with the Humanitarian Imperative in Iraq*, Feinstein International Center, janvier 2007.

23 *Annual Report 2006*, CICR, Genève, p. 324.

Il se rend aussi auprès des personnes détenues par le gouvernement régional kurde dans le nord de l'Irak, où il peut avoir accès à tous les lieux de détention. Le CICR est toujours en discussion avec le gouvernement irakien afin de signer un accord général qui lui permettrait d'avoir accès à tous les lieux de détention irakiens. Dans l'intervalle, le ministère de la Justice a autorisé des visites dans les lieux de détention placés sous son autorité et une première visite dans un tel site a eu lieu à la fin de 2007. L'une des principales difficultés à surmonter pour le CICR à cet égard reste la nécessité de garantir la sûreté et la sécurité de ses délégués expatriés pendant leur séjour en Irak et leurs visites dans de tels lieux.

Les activités de protection relatives aux personnes internées par les forces britanniques et celles de la US/MNF-I se sont poursuivies tout au long de 2006 et de 2007, lorsque la situation de sécurité était particulièrement critique. Outre le suivi habituel du traitement et des conditions générales de détention, une attention particulière a été accordée à l'absence de statut juridique des détenus et au rétablissement des contacts avec leur famille. Le CICR a renforcé son dialogue avec la MNF-I sur les aspects juridiques essentiels et il a noué des premiers contacts sur le même thème avec les autorités irakiennes. Il a aussi lancé un programme d'aide financière aux familles pour leur permettre de rendre visite à leurs proches détenus dans deux établissements d'internement dans le sud du pays; un programme similaire pour les deux établissements d'internement de Bagdad est à l'examen²⁴. Les messages Croix-Rouge entre les détenus et les membres de leur famille sont recueillis et distribués et un système d'appels téléphoniques de suivi rapide a été installé, afin que les délégués puissent fournir aux familles des détenus des nouvelles et des informations²⁵. Quant aux lieux de détention temporaires de la MNF-I (qui accueillent les détenus avant leur transfert dans les établissements d'internement), le CICR s'est vu tout récemment accorder le droit d'accéder, en principe, aux lieux de détention dans les brigades ou les divisions. Les premières visites dans ces locaux ont eu lieu en février 2008.

Dans le nord de l'Irak, le CICR a continué ses visites régulières aux personnes privées de liberté dans tous les lieux de détention et il a intensifié son dialogue avec les autorités compétentes du gouvernement régional kurde sur les questions essentielles touchant la détention. La démarche du CICR associe les interventions individuelles et structurelles, en accordant une attention particulière aux garanties judiciaires.

Les personnes disparues et la protection de la population civile

Afin d'élucider le sort des personnes disparues, le CICR encourage le dialogue entre les parties au moyen de divers mécanismes liés aux trois conflits internationaux récents. Il soutient des structures qui, à terme, faciliteront la collecte de données sur les personnes disparues et permettront aux familles d'être infor-

24 En 2007, le CICR a financé 31 186 visites familiales à 11 622 détenus ou internés.

25 En 2007, le CICR, avec le Croissant-Rouge de l'Irak, a recueilli quelque 42 800 messages Croix-Rouge et en a remis environ 33 300.

mées du sort de leurs proches. Afin d'accroître la capacité d'entreposage des morgues irakiennes, le CICR effectue des réparations, installe des chambres froides et distribue des housses mortuaires et d'autres articles²⁶. Une formation est aussi dispensée pour améliorer les compétences des équipes de légistes, avec distribution du matériel nécessaire. Ce programme, introduit dans un premier temps à l'Institut de médecine légale de Bagdad, a été depuis élargi à d'autres provinces ainsi qu'à quelques-uns des principaux hôpitaux.

Trouver des moyens d'assurer le respect de la population civile en Irak demeure un véritable défi. Depuis le début de l'année 2007, la délégation a cherché à recueillir de manière plus systématique des informations sur la protection de la population civile, grâce à des sources internes et externes. Grâce à un meilleur contrôle des allégations de violations, le CICR est aussi de mieux en mieux à même de surveiller les faits liés à la conduite des hostilités commis par les diverses parties au conflit.

En outre, les contraintes liées à la sécurité au cours des dernières années ont continué à limiter l'accès aux victimes civiles du conflit et ont rendu difficile la tâche de documenter directement les violations du droit international humanitaire ou de nouer un dialogue soutenu avec divers groupes armés qui pourraient avoir une influence sur la protection des personnes civiles. Le CICR a continué à lancer des appels en faveur d'un meilleur respect du droit humanitaire par toutes les parties, en particulier en ce qui concerne la protection des civils et les activités du personnel sanitaire.

Activités relatives à l'eau et à l'assainissement

Les infrastructures de base concernant l'eau, l'assainissement et la santé en Irak demeurent nettement insuffisantes, sur le plan qualitatif comme sur le plan quantitatif. Les raisons principales en sont les fréquentes coupures de courant, l'absence d'entretien dû à la pénurie de main-d'œuvre qualifiée, le manque de pièces détachées, de produits chimiques de purification de l'eau et de combustible pour les générateurs, ainsi que les dégâts causés par les combats et par les effets du sabotage et du pillage. À tout cela s'ajoute l'insécurité ambiante, qui entrave les efforts nationaux de reconstruction. L'état déplorable des systèmes d'eau et d'assainissement représente un risque potentiel de santé publique dans de nombreuses parties du pays.

Le CICR répond aux besoins en matière d'eau et d'assainissement en Irak depuis la fin de la guerre du Golfe de 1990-1991. Il s'est surtout attaché, dans un premier temps, à fournir une aide d'urgence à l'échelon individuel; pendant la période des sanctions, l'assistance matérielle du CICR était destinée aux réparations urgentes et à la maintenance des installations d'eau et d'assainissement, pour aider davantage de personnes. À partir de 1999, le CICR a élargi ses activités pour remettre en état les installations d'eau, d'assainisse-

26 En 2007, les chambres froides de 9 hôpitaux et instituts de médecine légale ont été réparées ou remplacées.

ment et les autres dispositifs essentiels dans les hôpitaux et les centres de soins de santé primaires dans l'ensemble du pays²⁷. Dans les mois qui ont conduit à l'offensive militaire lancée en mars 2003 sous l'égide des États-Unis, le CICR s'est préparé à répondre à l'éventualité de besoins accrus dans les secteurs de l'eau et de l'assainissement en envoyant du personnel qualifié supplémentaire, ainsi que des ressources matérielles. Les opérations militaires et la vague de pillage qui a déferlé sur l'Irak à cette période ont laissé les infrastructures déjà chancelantes du pays dans un état de décrépitude encore pire.

Mode opératoire : mise en œuvre directe ou commande à distance

Les activités relatives à l'eau et l'assainissement du CICR sont réalisées soit directement par le personnel du CICR (surtout dans le nord et le sud du pays), soit par un mode opératoire de commande à distance, adapté à la gestion de projets eau et assainissement. Dans certaines zones, le CICR peut fonctionner de manière traditionnelle ou directe, ce qui est la méthode de travail prioritaire et la plus fréquente ; il en est d'autres, en revanche, dans lesquelles il faut recourir à la méthode de commande à distance. Au cours de la seule année 2007, ces activités du CICR ont bénéficié à 2,7 millions de personnes (dont plus de 50 % de femmes et 30 % d'enfants).

La mise en œuvre directe exige la supervision du CICR sur les lieux et souvent une participation du CICR sur le site, tout au moins dans certaines phases du projet comme l'évaluation des besoins et l'évaluation finale. Le CICR ne recourt à la procédure de commande à distance que pour des types de projet qui répondent à des critères stricts sur le plan technique et en matière de risques financiers et qui sont bien connus grâce à des interventions antérieures, ce qui permet à l'organisation de tableur sur son expérience directe dans le processus de décision. Ce modèle de commande à distance repose sur la mobilisation d'un réseau étendu de sous-traitants et de consultants locaux compétents, qui travaillent en étroite collaboration avec des ingénieurs du CICR²⁸.

Le succès du modèle de commande à distance repose sur les facteurs suivants :

- des employés irakiens du CICR chevronnés, très motivés et dévoués ;
- une collaboration étroite avec les collectivités locales compétentes, qui doivent s'appropriier ces activités ;
- un réseau étendu de sous-traitants et de consultants locaux dans tout le pays ;
- des mécanismes de contrôle solides, avec des entités distinctes pour réaliser l'évaluation des besoins, la conception du projet, l'exécution, le suivi et l'évaluation.

27 En 2007, le CICR a fourni du matériel essentiel pour 73 salles d'urgence (dans 69 hôpitaux et établissements médicaux) et 27 salles d'opération (dans 27 hôpitaux). Il a aussi fourni à 28 hôpitaux différents 55 assortiments de matériel médical et de médicaments permettant de soigner plus de 5500 blessés de guerre, ainsi que du matériel médical et des produits consommables à 84 hôpitaux et 12 centres de soins de santé primaires.

28 Dans la seule région centrale de l'Irak, plus de 60 entreprises locales collaborent avec le CICR.

En 2007, 54 projets « eau et assainissement » ont été réalisés sous supervision directe du CICR et 78 projets par commande à distance, tandis que 12 projets étaient en cours de transfert d'une exécution par commande à distance à une supervision directe par le CICR. Conformément à la situation locale en matière de sécurité, la plupart des projets en commande à distance ont été entrepris dans les zones de l'ouest et du centre du pays les plus en proie à la violence (provinces d'Anbar, de Bagdad, de Diyala, de Ninive et de Salaheddine), tandis que la plupart des projets exécutés en mode direct étaient situés dans le sud (provinces de Basrah, de Missan, de Muthanna et de Dhi Qar) et dans le nord (provinces d'Erbil, de Ta'mim, de Dohouk et de Soulaymaniyah). Les projets transférés à un régime de supervision plus directe du CICR étaient situés principalement dans le centre et le sud (provinces de Babil, de Kerbala, de Najaf, de Qadissiyah et de Wasit).

Les activités réalisées par commande à distance représentent une réponse complexe pour garantir l'exécution des programmes dans des zones où le personnel court des risques élevés pour sa sécurité. Le fait de coopérer avec des partenaires d'exécution de toute confiance, avec de brèves visites périodiques en Irak de collaborateurs expatriés du CICR, permet à l'institution de maintenir une gamme d'activités et d'élever progressivement le niveau de compétence et de responsabilité du personnel local du CICR. On ne peut cependant passer sous silence les inconvénients de ces arrangements : les contacts restent limités dans l'espace et dans le temps, ce qui limite aussi la coordination. Même avec la présence permanente de collaborateurs locaux du CICR, les contacts avec les interlocuteurs peuvent parfois être difficiles, selon la sécurité et l'évolution politique locales. En outre, lorsqu'il est impossible d'agir au grand jour, il faut bâtir la réputation de l'institution et susciter son acceptation par d'autres moyens. Le défi, pour le CICR, consiste à affirmer son identité sur la base de cette action soumise à de fortes contraintes et souvent invisible. Les réseaux mis en place par les expatriés et les mesures de communication jouent à cet égard un rôle clé.

Malgré le succès relatif de la commande à distance et des opérations d'appui, le CICR demeure convaincu que, pour renforcer au maximum l'effet des programmes, une telle méthode ne peut concurrencer une présence physique directe sur le terrain. Il reste à cet égard beaucoup à faire pour accroître l'accès du personnel international du CICR aux nombreuses parties de l'Irak, où les risques de sécurité demeurent élevés. La présence permanente est limitée au nord kurde tandis que, dans le reste du pays, les délégués se limitent à de brefs séjours et sont, dans le meilleur des cas, présents dans les bureaux du CICR²⁹. Quant aux irremplaçables employés locaux irakiens, ils parviennent à accomplir leur devoir dans de nombreuses autres zones considérées comme suffisamment sûres pour eux et où leurs activités ne les exposent pas à des risques incalculables pour leur sécurité.

29 En plus de l'équipe du CICR basée à Amman, on comptait à la fin de 2007 quelque 400 employés nationaux et 17 expatriés dans 7 bureaux en Irak (Bagdad, Basrah, Dohouk, Erbil, Khaneqin, Najaf et Soulaymaniyah).

Étude de cas n° 1 : Station de traitement de l'eau de Baqouba – province de Diyala, centre de l'Irak

L'installation et ses services

Cette installation est l'une des principales usines de traitement de l'eau de la ville de Baqouba, la capitale de la province de Diyala, à majorité sunnite, qui demeure le théâtre d'affrontements parmi les plus violents dans le conflit actuel. Plus de 300 000 personnes bénéficient de ses services. Bâtie en 1958, l'usine fournit depuis plusieurs années de l'eau de mauvaise qualité, mettant en péril la santé des usagers. Elle a par ailleurs fonctionné bien au-delà de sa capacité théorique, en particulier durant les chaleurs estivales, ce qui a augmenté le risque de panne.

Évaluation initiale

Une évaluation approfondie du CICR réalisée au début de l'année 2006 a montré que l'usine de Baqouba, à l'instar de bien d'autres usines de traitement de l'eau dans tout l'Irak, souffrait de carences chroniques d'infrastructure. Un grand nombre de pièces faisant partie du cycle de traitement de l'eau étaient hors d'usage ou fonctionnaient mal. Les problèmes concernaient notamment le mauvais fonctionnement du dispositif permettant de pomper l'eau de la rivière Diyala, les canalisations, les systèmes de filtrage, de purification chimique et électrique et de pompage pour évacuer les boues résiduelles, ainsi que les citernes de stockage insalubres. Tous ces facteurs faisaient que l'eau avait une odeur et un goût déplaisants et représentait un risque potentiel pour la santé.

Mesures prises pour éviter des situations d'urgence

Le CICR a procédé, à partir de 2006, à une révision complète de l'usine. Les composants défectueux ou trop usés, comme les tuyauteries, les soupapes et les composants électriques, ont été réparés ou remplacés; de nouvelles pompes ont été installées et le système électrique a été amélioré.

Résultats

Aujourd'hui, l'usine de traitement d'eau de Baqouba fonctionne correctement et fournit de manière fiable de l'eau potable en quantité suffisante aux plus de 300 000 habitants de la zone, réduisant ainsi la menace potentielle pour la santé publique causée par la qualité médiocre de l'eau fournie par l'usine avant les réparations.

Mode opératoire

L'ensemble du projet a été réalisé en mode de commande à distance.

Étude de cas n° 2 : Station de traitement de l'eau d'Ourfali – Sadr City, Bagdad

L'installation et ses services

Ce complexe, qui comprend deux unités compactes adjacentes, est situé dans le district d'Ourfali, à la périphérie de Sadr City, banlieue de Bagdad fortement peuplée et à majorité chiite. Construit dans les années 1980, il répond aux besoins en eau d'environ 10 000 personnes, parmi lesquelles les patients et le personnel médical de l'hôpital psychiatrique Al-Rashad (1200 lits), le plus grand établissement de santé de ce type en Irak, ainsi qu'un foyer pour personnes âgées et divers quartiers résidentiels de la zone.

Évaluation initiale

Une évaluation réalisée par le CICR au cours du premier semestre de 2007 a montré que le complexe fonctionnait à moins de 40% de sa capacité et que la qualité de l'eau qu'il produisait était inférieure aux normes. L'une des deux unités compactes était entièrement hors d'usage, tandis que la seconde ne fonctionnait que partiellement en raison du mauvais état des pompes à haute pression qui devaient injecter l'eau purifiée dans les réseaux principaux de distribution. En outre, plusieurs composants de purification, de filtrage et d'électricité ne fonctionnaient pas à pleine capacité ou étaient hors d'usage.

Mesures prises pour éviter des situations d'urgence

Le CICR a rétabli la capacité de pompage des deux unités compactes et amélioré le processus de traitement de l'eau en réactivant et en améliorant les unités de traitement chimique, en nettoyant les citernes de sédimentation et en réparant ou en remplaçant les pièces usées des systèmes électrique et de filtrage.

Résultats

Dotée aujourd'hui d'un bon générateur de secours et d'une capacité importante de stockage d'eau, l'installation est désormais en mesure de fournir de l'eau potable salubre pendant au moins six heures par jour, même en cas de coupure de courant, une durée nettement supérieure à la moyenne pour la plupart des quartiers de Bagdad. L'amélioration de la qualité de l'eau, ainsi que la fiabilité accrue et la quantité plus importante d'eau fournie par l'usine de traitement d'eau d'Ourfali, a réduit la nécessité de livrer de l'eau par camion citerne aux zones et aux établissements desservis par la station. Ici aussi, la menace potentielle pour la santé publique que faisaient peser la mauvaise qualité et la quantité insuffisante d'eau fournie par l'usine avant sa réfection a été réduite.

Mode opératoire

L'ensemble du projet a été réalisé en mode de commande à distance.

Réfection ou reconstruction d'installations de santé

Les activités du CICR consistant à construire, réparer ou améliorer des installations sanitaires en Irak ont commencé en 1999. Depuis cette date, des centaines d'hôpitaux et de centres de soins de santé primaires ont été remis en état dans tout le pays, surtout dans les zones les plus durement touchées par les hostilités, où ces établissements ont beaucoup de mal à faire face à l'afflux quotidien de blessés. D'autre part, un certain nombre de centres de soins de santé primaires ont été construits dans des zones jusque-là dépourvues d'établissements médicaux³⁰.

Au cours de la seule année 2007, la capacité des services médicaux d'urgence irakiens a été maintenue par un appui renforcé du CICR à près de 100 établissements de santé, qui ont reçu du matériel pour des salles d'urgence et des salles d'opération, ainsi que des médicaments et des produits consommables. Dans le cadre d'une démarche intégrée, les systèmes d'eau et d'assainissement de nombreux hôpitaux et centres de soins de santé primaires soignant les blessés ont été réparés ou améliorés et un certain nombre de grands hôpitaux ont été quotidiennement approvisionnés en eau. En outre, les patients blessés dans des accidents de grande ampleur ont reçu des soins appropriés grâce à un approvisionnement rapide des hôpitaux concernés en matériel (dans les 48 à 72 heures).

On compte actuellement jusqu'à 130 000 personnes handicapées physiques en Irak, qui ont besoin de membres artificiels ou d'autres appareils ortho-

30 En 2007, on peut citer les projets suivants à titre d'exemple de remise en état ou de construction de centres de santé :

- Centre de soins de santé primaires Al-Smood (province de Ninive) : la réfection du centre a bénéficié aux 40 patients traités chaque jour (mode opératoire : supervision directe).
- District de Haditha (province d'Anbar) : les trois centres de soins de santé primaires du district (capacité totale : 215 patients par jour) ont été remis en état, ainsi que l'hôpital général de Haditha, qui est l'hôpital de référence, avec 120 lits pour un bassin de population de 220 000 personnes vivant dans 19 villages (mode opératoire : commande à distance).
- Centre de rééducation physique de Falloujah (province d'Anbar) : la construction de ce nouveau centre a démarré en septembre 2007 et devrait durer six mois. Le centre aura une capacité de production de 500 prothèses par an (mode opératoire : supervision directe par le CICR).
- Dans la province de Basrah (sud de l'Irak), le CICR a lancé un vaste programme de réfection ou de construction de centres de soins de santé primaires, surtout dans les zones les plus pauvres, à l'intention d'une population composée à plus de 50 % de femmes et à 30 % d'enfants. Ce programme comprend en particulier les projets suivants : reconstruction du centre de soins de santé primaires de la localité de Qadissiyah (70 patients traités par jour), rénovation et agrandissement (surface supplémentaire de 170 m²) du centre de soins de santé primaires dans la localité d'Al-Singer (120 patients traités par jour), reconstruction du centre de soins de santé primaires dans la localité d'Hay al-Husseïn (8150 patients en consultation par jour), construction du centre de soins de santé primaires dans la localité de Shaïbe (80 patients traités par jour).
- En septembre 2007, les travaux de reconstruction du centre de soins de santé primaires de Basrah, situé au centre de la ville (300 patients en consultation par jour), ont commencé ; ils devraient s'achever en mars 2008. Le programme comprenait aussi la construction d'un nouveau centre de soins de santé primaires à assise communautaire dans le quartier de Hay al-Jihad, pour une population de quelque 1500 personnes, qui étaient jusque-là privées de services de santé (terminé en mars 2007). Depuis son ouverture, le nouveau centre a reçu en moyenne 70 patients par jour, dont plus de 50 % de femmes et 40 % d'enfants. (Mode opératoire : supervision directe par le CICR.)

pédiques ou aides à la marche. Les centres de rééducation physique dans le pays ont reçu l'aide du CICR pour renforcer leurs capacités d'équiper les patients au moyen d'appareillages de ce type.

Distribution de secours

Au début de l'année 2007, la délégation a créé une équipe afin de renforcer les interventions de l'organisation en réponse aux besoins de sécurité économique. Ce programme d'assistance, qui consiste en distributions de colis de vivres et d'assortiments d'articles d'hygiène et d'autres articles de ménage essentiels, était destiné à la fois aux personnes déplacées à l'intérieur du pays et aux populations locales vulnérables. En 2007, le CICR a fourni des secours d'urgence à plus de 730 000 personnes, distribués par ses équipes de terrain, par les sections du Croissant-Rouge de irakien ou par des ONG locales.

De nombreuses personnes déplacées trouvent refuge dans des « communautés d'accueil », qui sont elles-mêmes touchées par le conflit. Les conditions de vie de la population locale sont parfois aussi difficiles que celles de nombreuses personnes déplacées et l'accueil de celles-ci représente un fardeau supplémentaire pour les habitants. Les besoins dans ce domaine en Irak sont énormes et le CICR n'est pas en mesure d'y répondre seul³¹.

Au fil des ans, le Croissant-Rouge irakien a joué un rôle vital pour la mise en œuvre du programme de sécurité économique du CICR. Toutefois, les discussions qui ont eu lieu en novembre 2007 n'ont pas permis aux deux organisations de s'entendre sur les exigences minimales du CICR en matière d'évaluation, de gestion des stocks et des distributions et de rapport, et leur accord de coopération pour la distribution des colis de vivres et des autres articles de secours d'urgence n'a pu être renouvelé pour 2008. Par conséquent, à la fin de l'année, le CICR ne pouvait plus compter sur l'appui de la Société nationale pour la distribution des secours d'urgence et il a, depuis cette date, renforcé ses propres distributions ainsi que sa coopération avec des ONG locales ainsi qu'avec les autorités.

Conclusion

Depuis 1980, la délégation du CICR en Irak a maintenu une présence opérationnelle sans interruption sur le terrain, dans une situation extrêmement difficile

31 L'objectif pour 2007 a été fixé, au vu de la capacité totale estimée de la délégation, à 10 000 familles assistées par mois et, après quelques problèmes d'ordre logistique dans les premiers temps, la délégation a réussi à assurer un flux régulier de fournitures à cette échelle. L'expérience initiale acquise dans le cadre de ce programme est mitigée; elle dépend souvent de la fiabilité des éventuels partenaires d'exécution. Elle est actuellement à l'examen, compte tenu des enseignements tirés. Le programme a été perfectionné pour englober la réalisation de petits projets de production gérés par des résidents vulnérables et par des personnes déplacées. Le suivi indique que les effets en sont positifs et le CICR prévoit de l'élargir.

en matière de sécurité. L'engagement et le courage de son personnel irakien ont constitué un élément fondamental pour garantir cette continuité.

La réaction du CICR face à la complexité de l'environnement opérationnel en Irak, avec les risques élevés qu'il fait peser sur la sécurité du personnel, a été double. D'une part, l'institution est restée fidèle à ses principes traditionnels de neutralité, d'impartialité et d'indépendance, fermement persuadée que la population irakienne l'accepterait d'autant mieux, faisant la différence entre cette démarche et celle de l'ONU et de quelques autres organisations qui comptaient sur la Force multinationale pour assurer leur sécurité et l'appui logistique. D'autre part, le CICR a mis au point des mécanismes novateurs de commande à distance, afin d'assurer la poursuite de ses activités humanitaires dans les zones à haut risque.

En plus d'être fidèle aux principes fondamentaux du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, la démarche humanitaire neutre, impartiale et indépendante du CICR a des conséquences très concrètes en Irak. Il ne s'agit pas seulement de protéger la vie du personnel qui distribue des secours humanitaires. Dans certains cas, c'est aussi une manière de protéger la vie d'Irakiens vulnérables qui comptent sur cette assistance et qui ont déclaré qu'ils redoutaient d'être attaqués, au cas où ils seraient perçus par des groupes armés comme ayant collaboré avec des organisations qui soutiennent l'« occupation » du pays. Ce danger est exacerbé par l'absence de distinction claire entre les unités militaires qui, pour favoriser des objectifs militaires, distribuent aussi des secours humanitaires et certaines organisations humanitaires qui s'appuient fortement sur un appui militaire pour leur présence en Irak.

Le développement d'un mode opératoire de commande à distance s'inscrit dans un processus d'apprentissage empirique, par lequel le CICR a conçu une réponse d'un type nouveau dans des zones géographiques où le risque de sécurité est particulièrement élevé. Cette démarche n'aurait pas pu réussir sans le vaste réseau créé par le CICR.

L'expérience récente du CICR en Irak, tout comme celle de quelques autres institutions et organisations, mérite d'être approfondie, mais elle a indubitablement eu des effets positifs pour des centaines de milliers d'Irakiens. Préserver une présence et une proximité sur le terrain, intervenir lorsque cela est possible, nous permet non seulement de réaliser une action humanitaire, mais encore d'améliorer notre connaissance et notre compréhension d'une situation complexe et de ne pas perdre de vue les besoins humanitaires. Des solutions peuvent souvent être trouvées en intégrant des composantes locales à l'action humanitaire. Une présence sur le terrain offre des occasions de dialogue humanitaire, dont dépendent souvent fortement une perception positive, puis l'acceptation. Une telle présence à une échelle plus importante permet aussi de maintenir l'équilibre entre les diverses communautés en répondant à leurs besoins, pour variés qu'ils puissent être d'un lieu à un autre.

Poursuivre et développer une opération humanitaire dans un milieu à très haut risque comme l'Irak, où le seuil traditionnel des notions de sécurité

du CICR est fréquemment franchi, a exigé une volonté de prendre des risques calculés. La délégation en Irak est l'une des rares dans le monde où le personnel du CICR n'est désigné qu'à titre volontaire. Selon l'évolution de la situation sur place, l'action du CICR demeurera probablement entravée, dans les années à venir, par un accès restreint aux populations et par des préoccupations de sécurité dans un théâtre d'opérations à risque élevé; elle restera par conséquent incomplète à certains égards. La réponse aux besoins de protection et d'assistance de nombreuses victimes en Irak sera donc probablement insuffisante, laissant ces personnes isolées et réduites à tabler uniquement sur leurs propres mécanismes de défense, déjà mis à rude épreuve.

La frustration et le fatalisme croissants de la population irakienne trouvent sans doute un écho dans le sentiment d'impuissance ressenti par les humanitaires. Et pourtant, les violations très graves et quotidiennes du droit international humanitaire ne sauraient être acceptées comme des fatalités. Les Irakiens sont de plus en plus nombreux à rejeter la situation actuelle comme intolérable et inadmissible, souvent en courant d'énormes risques personnels. Il est indispensable que la communauté humanitaire internationale prenne des mesures fortes à l'appui du courage extraordinaire dont font preuve les Irakiens.

Volume 90 Number 870 June 2008

INTERNATIONAL REVIEW

of the Red Cross

Humanitarian debate: Law, policy, action

Sanctions



ICRC

REVUE
INTERNATIONALE
de la Croix-Rouge

Sanctions

ÉDITORIAL

Les personnes consultées il y a quelques années dans de nombreux pays dans le cadre de l'enquête menée par le CICR ont estimé, dans leur très grande majorité, que certains actes de guerre sont d'une gravité telle qu'ils constituent des crimes de guerre et que leurs auteurs doivent être jugés et punis. L'exposition directe aux conflits armés et à la violence semblait aussi renforcer la conviction de ces personnes que les criminels de guerre doivent être punis. En outre, de l'avis exprimé par la majorité, il y a lieu d'incriminer les chefs militaires de la plupart des atrocités perpétrées car ce sont eux qui soumettent les soldats et les combattants à des pressions incroyables, les incitant à commettre toutes sortes d'exactions dans le but d'obtenir un avantage stratégique. Dans leurs commentaires, civils et porteurs d'armes cherchent à décharger les combattants, jeunes et mal entraînés, de la responsabilité des actes qu'ils commettent. Enfin il ressort clairement de cette consultation que la culture de la guerre – le non-respect chronique des normes éthiques et des traités de droit des conflits armés en particulier – a fait naître une exigence de justice chez les combattants et les non-combattants.

Les formes de justice souhaitées – types de sanctions, bases juridiques et instances compétentes – varient considérablement d'un contexte à l'autre. L'expérience acquise par les ressortissants des différents pays sondés concernant les tribunaux internationaux, les tribunaux nationaux, les instances gouvernementales et les autorités militaires contribue sans nul doute à forger leur opinion quant à la capacité de ces institutions à exercer à l'avenir une justice équitable. Dans la plupart des pays où les pouvoirs publics ont une autorité limitée, la tendance à saisir un tribunal international est plus forte, les citoyens étant persuadés que les institutions de leur pays sont trop faibles ou trop corrompues pour rendre un jugement impartial.

Au titre du droit international humanitaire, les États sont tenus de réprimer toutes les violations de ce droit. Les sanctions font partie intégrante de tout système juridique cohérent et la menace d'une sanction effective a un effet dissuasif. Les États doivent garantir le respect des dispositions énoncées dans les accords internationaux ainsi que des règles du droit international coutumier, et prendre toutes les mesures nécessaires pour en prévenir les violations

et les réprimer. Des règlements militaires, des décrets administratifs et d'autres mesures de réglementation et de contrôle peuvent figurer au nombre de ces mesures. En cas de violations graves du droit international humanitaire, les auteurs présumés de ces violations doivent faire l'objet de poursuites pénales.

Durant les conflits armés en particulier, l'obligation de réprimer les cas de non-respect du droit international humanitaire exige des autorités qu'elles redoublent de vigilance, surtout lorsque les actes ont été commis par des membres de leurs propres forces armées. Souvent, les soldats deviennent des criminels à cause du laxisme des chefs militaires. Pour que la répression soit efficace en période de conflit armé, il faut une discipline stricte et une ferme détermination à la faire respecter dans toute la hiérarchie militaire.

Cela s'applique aussi aux groupes armés non étatiques, même si la tâche est plus difficile pour eux car ils sont en général moins rigoureusement structurés et n'ont pas toujours les moyens nécessaires pour satisfaire à ces exigences.

Au lendemain d'un conflit armé, la situation politique, économique et sociale pèse sur le choix des formes de justice, ainsi que sur la durée de la procédure. Il faut concilier l'exigence de justice avec les besoins d'une société d'après-conflit – stabilisation, sécurité, réconciliation et démobilisation –, et rendre la justice. Il faut rendre la justice par égard pour les victimes et aussi parce qu'elle s'inscrit dans une série de mesures nécessaires pour rompre le cycle des violations et éviter que les générations futures n'en subissent les conséquences. Il est essentiel que les États affichent une volonté politique ferme afin que les personnes soupçonnées de crimes de guerre soient dûment poursuivies, à l'échelon national ou international. L'objectif est clair : il faut que les atrocités cessent et que leurs auteurs rendent compte des actes qu'ils ont commis. Il faut que soient prises toutes les mesures indispensables pour atteindre ce but. La *Revue internationale* entend y contribuer en examinant comment les sanctions permettent de mieux faire respecter le droit international humanitaire.

Toni Pfanner
Rédacteur en chef

Allocution du général Jean-René Bachelet

Le général d'armée (2^e Son) Jean-René Bachelet est ancien inspecteur général des armées (France). Au sein de la FORPRONU en ex-Yougoslavie, il a commandé en 1995 le secteur de Sarajevo, au paroxysme du siège de la ville, jusqu'à la levée de celui-ci. Entre 1999 et 2004, il a mené une réflexion de fond afin de donner à l'armée de terre professionnelle un cadre de référence en matière d'éthique et a lancé une ambitieuse réforme de la formation initiale des officiers à l'École Spéciale Militaire de Saint-Cyr. L'exposé qui suit a été fait en introduction de la Réunion interrégionale sur le rôle des sanctions dans un meilleur respect du droit international humanitaire qui s'est tenue à Genève du 15 au 17 novembre 2007.

⋮⋮⋮⋮⋮

Pour introduire ce sujet, j'ai d'abord craint que vous n'ayez pris un risque en donnant la parole à quelqu'un qui a passé quarante-deux ans sous l'uniforme et ce, dans l'infanterie. En effet, vous constituez une réunion d'experts. Or je ne suis en rien évidemment un expert du droit international et encore moins des sanctions qui sont censées l'appuyer. Pour autant, mon impression que l'on se trompait de casting en s'adressant à moi a été tempérée dès lors que, ayant lu votre documentation, il m'est apparu que la toile de fond du sujet était, de fait, le comportement dans la guerre et que, sur ce thème, mon incompétence n'était pas avérée.

Ne serait-ce d'abord que pour camper une certaine ambiance. C'est important, l'ambiance, c'est même déterminant pour entrer dans l'intelligence des comportements. C'est pourquoi, il me semble utile, pour votre réflexion sur le droit humanitaire dans la guerre, de caractériser d'abord ces situations hors normes, parfois de violence déchaînée, quand les repères viennent à manquer, que sont les affrontements guerriers. Sans doute cela est-il connu, à divers titres, de nombre d'entre vous, mais ainsi pourrions-nous nous mettre, précisément, dans l'ambiance.

* Original français. La version anglaise de l'allocution a été publiée dans : *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N° 870, juin 2008, pp. 211-219.

Je précise que je le ferai du point de vue d'un membre d'une armée institutionnelle, en l'occurrence l'armée française, que j'ai été, et non pas en tant que « porteur d'arme », expression insolite pour moi. Dans ce cadre, ceux qui exercent ce que j'appellerai pour ma part le « métier des armes » sont évidemment soumis au droit, le droit national, dont on peut espérer qu'il n'est pas sans rapport avec le droit international.

La nécessité de l'appropriation d'un code moral

Mais, dès lors que l'on parle de comportements, donc d'action, que serait un droit qui ne serait pas sous-tendu par l'appropriation, par les acteurs, de l'éthique qui inspire nécessairement le droit ? Il risquerait fort d'être vain, de la même façon qu'au sein d'une Nation, État de droit, on peut penser que le jour où les citoyens ne sont plus guidés par la conscience qu'ils ont de vivre au nom de valeurs communes, la paix civile est en péril. Plus profondément et, sans doute, plus puissamment que par le droit, mais ce n'est pas alternatif, le comportement est donc guidé par l'éthique que l'on s'est appropriée.

C'est pourquoi, après avoir caractérisé l'ambiance des situations paroxystiques qui sont celles des affrontements armés, et pour encadrer votre sujet, je dégagerai devant vous un certain nombre de principes fondamentaux d'une éthique du métier des armes, susceptible d'orienter les comportements dans de telles situations. Essayons donc, d'abord, d'entrer au cœur de la fournaise. Pour cela, je ne me référerai pas à des événements historiques d'un passé lointain, mais à un événement relativement proche et qui, en tout cas, se situe dans un contexte qui est celui des conflits d'aujourd'hui.

Le contexte conflictuel

Nous sommes en mai 1995, à Sarajevo. Vous le savez, depuis trois longues années, la communauté internationale assiste impuissante à l'implosion de l'ex-Yougoslavie. Après la Croatie, le tour est venu de la Bosnie : les connaisseurs du pays et de son histoire savaient que la lutte allait être inexpiable ; elle l'a été.

L'environnement politico-militaire

Je ne me souviens plus du nombre exact de résolutions de l'ONU bafouées aussitôt que prononcées. Des troupes sous casque bleu sont projetées sur le terrain, de plus en plus nombreuses et pourtant apparemment impuissantes. À cette époque, pour le seul secteur de Sarajevo, on compte un bataillon égyptien, un bataillon russe, un bataillon ukrainien, trois bataillons français, un détachement de l'armée de l'air française sur l'aéroport, le tout sous l'autorité d'un général français commandant de secteur et disposant d'un état-major multinational.

Les historiens se pencheront sans doute avec intérêt, et peut-être avec perplexité, sur ces trois longues années où il est incroyable, dans notre monde si intelligent, qu'on ait pu accumuler autant d'erreurs, notamment dans la confusion entre les règles qui prévalent en diplomatie et celles qui s'imposent dès lors que l'on a résolu l'emploi de la force. Toujours est-il que les tractations diplomatiques ayant abouti à ce que nos troupes soient placées en position d'otages potentiels, le moment des otages réels était venu. En effet, l'aviation de l'OTAN ayant bombardé les abords de la capitale bosno-serbe de Pale – sans d'ailleurs que le commandant du secteur de Sarajevo en ait été averti – les Bosno-Serbes ont alors pris en otage des dizaines de Casques Bleus.

Il s'agissait de groupes disséminés dans l'ensemble de la zone serbe depuis l'hiver précédent, lorsqu'à la suite du massacre du marché de Markalé, les Serbes s'étaient vus imposer le regroupement de leurs canons en divers points. L'emploi éventuel de ces armes lourdes était censé être dissuadé par la présence d'autant de détachements de la FORPRONU sur chacun des sites. Ceux-ci étaient ainsi placés en position de totale vulnérabilité au mépris des règles tactiques élémentaires, ce que ne manquaient pas de dénoncer tous les chefs militaires sur le terrain sans que cela n'ait provoqué jusque-là le moindre écho, jusqu'à ce jour de mai où la réaction serbe au bombardement de Pale allait provoquer une crise majeure.

L'atmosphère de l'action militaire

C'est dans ce contexte que se situe l'action à travers laquelle je souhaiterais faire percevoir l'ambiance dans laquelle se déroule l'action militaire dans sa plus extrême brutalité. L'action a pour théâtre l'un des postes d'interposition jalonnant la périphérie de Sarajevo. Ce poste est situé entre le cœur de la ville au nord et le faubourg serbe de Grbavica au sud, séparés par la rivière Miljaka qu'enjambe là un pont, le pont de Verbanja qui a donné son nom au poste.

« Check point » à l'origine, celui-ci était devenu un véritable bunker car il fallait bien se protéger des tirs de part et d'autre. Mais ce bunker, s'il assurait un minimum de protection, défiait toutes les règles tactiques de la défense. Imbriqué en zone serbe au-delà de la Miljaka, il était dominé par les immeubles serbes d'un côté, par les immeubles bosniaques de l'autre; on y accédait après le pont par un glacis d'une cinquantaine de mètres qui allait buter sur les pentes de la montagne en face; des barbelés tout autour et, dedans, une dizaine d'hommes d'un bataillon français de la FORPRONU se relayant par semaine. Dans la situation du moment, la mission, qui était à l'origine de contrôler l'un des rares points de passage épisodiquement ouvert entre les deux zones, était suspendue et il s'agissait de tenir, et d'attendre...

En pleine « crise des otages », une nuit du mois de mai 1995, le commandant de la compagnie qui avait la responsabilité de ce poste parmi d'autres n'a plus la liaison radio. Il monte dans sa jeep et se précipite sur place. Il arrive et franchit les barbelés, mais perçoit immédiatement l'anomalie de la situation, en dépit de la silhouette d'un Casque Bleu qui se tient devant la porte. Lorsqu'il se rend compte

que ce n'est pas l'un des siens, il parvient à se dégager avec les hommes qui l'accompagnent. Il a compris que les Serbes se sont emparés de la position par surprise.

On est encore dans la nuit. La décision est prise immédiatement de reprendre le poste de vive force. Cette décision marque un changement spectaculaire – et salutaire – d'attitude par rapport à tout ce qui avait été fait jusque-là. Ainsi, le seul assaut de cette guerre – au sens brutal et sanglant que lui donne le vocabulaire militaire – par des forces de la « communauté internationale » allait-t-il être donné par des Casques Bleus, quand, quelques mois plus tard, les forces réputées robustes de l'OTAN n'auront à faire que du « maintien de la paix », mais c'est une autre histoire. Dans l'immédiat, c'est cet assaut que je vous invite à vivre.

Il faut donc imaginer la scène au petit matin. La compagnie du capitaine fait mouvement par les pentes qui descendent en direction du poste. Il a fallu pour cela traverser les lignes des Bosniaques, incrédules. Des engins blindés ont été postés entre les immeubles bosniaques, discrètement, pour appuyer du tir de leurs canons, le moment venu, la progression des hommes. Jusque-là, il ne s'est rien passé.

Les hommes sont sur la ligne de départ, face au glacis et, au-delà, à une cinquantaine de mètres, à l'enceinte de barbelés. Ils ont entre 18 et 22 ans. C'est un lieutenant qui les commande. Il est à peine plus âgé. Le capitaine est là aussi, il n'a pas 30 ans. C'est à lui qu'il revient de donner l'ordre : « à l'assaut ! ».

Les « marsouins » (ainsi appelle-t-on dans l'armée française les soldats d'infanterie de marine dont est constituée cette compagnie) bondissent. L'un d'entre eux est tué dès la base de départ. Le groupe d'assaut parvient aux barbelés. L'un des assaillants est touché sur ces barbelés. Ses camarades passent sur son corps pour franchir l'obstacle. Ils sont à l'entrée du poste. Pas un n'est indemne. Tous sont blessés. Atteint à la tête, le lieutenant est couvert de sang.

Mais reprenons : l'extrême tension du départ, la peur qui noue le ventre puis une brutale libération d'adrénaline. Tout cela dans le crépitement des tirs, l'explosion des grenades, le vacarme des coups de canons, l'odeur de la poudre et bientôt celle du sang.

Ce sont ainsi des garçons comme pris d'ivresse qui pénètrent dans le poste. Le capitaine est là, sur les talons de la première vague. Il a mille soucis. D'abord celui de ses hommes qui tenaient le poste, dont il ne sait pas ce qu'ils sont devenus et qui sont peut-être encore là, prisonniers. Il a le souci de manœuvrer ses appuis, c'est-à-dire de faire déporter le tir des chars, bref, de conduire sa manœuvre. Il entre dans le poste à la suite de ses hommes.

Les Serbes se sont repliés sur l'autre partie du poste qui est tout en longueur, en deux parties, avec un étroit couloir entre les deux. Ils ont laissé là deux des leurs, blessés, devant lesquels surgissent les assaillants dans l'état physique et psychologique que j'ai décrit.

Le rôle déterminant du chef

Comprenons bien qu'alors la vie de ces blessés est suspendue à un cheveu. Face à eux, des garçons de 20 ans couverts de sang, dans cet état mental de fureur meurtrière qui s'empare de l'homme en pareil cas, et tout va très vite... Est-ce

le droit qui va protéger les deux Serbes blessés? Je laisse la réponse à votre appréciation.

Alors se révèle le capitaine, aujourd'hui colonel. Il prend immédiatement la situation en mains. Il choisit les plus blessés parmi les hommes d'assaut, les siens, et leur confie la garde des prisonniers serbes avec la recommandation expresse de veiller sur eux. Puis il relance l'action vers la deuxième partie du poste...

J'arrête là ce récit. Il s'agissait uniquement pour moi de caractériser ce type de situation où la limite entre un comportement de soldat, tel que notre héritage culturel et le droit international nous le dictent, et un comportement barbare est extraordinairement ténue. Et en l'occurrence, tient à quoi? Croyez-vous que cela tienne au droit international existant? Au droit national? À la sanction qui pourrait survenir par ailleurs dans une telle situation? Bien sûr que non. Ce qui va jouer, c'est le réflexe, l'instinct. Or, en pareille situation, l'instinct est naturellement barbare. C'est là qu'intervient le rôle essentiel, déterminant, du chef : pour autant qu'il ait l'adhésion de ses hommes, pour autant qu'il soit reconnu, pour autant qu'il soit plus que le chef, le grand frère qui s'impose par sa force d'âme, son autorité, sa compétence, mais aussi ses qualités de cœur, lui seul peut dominer l'hystérie du combat qui pousse à la barbarie. C'est dire le poids de sa responsabilité.

Telle est l'ambiance. Je vous propose maintenant, sur la base de ces situations vécues, de reprendre les aspects fondamentaux de l'action militaire pour en dégager les principes susceptibles d'inspirer une éthique du métier des armes.

Principes moraux

L'aspiration éperdue à la paix qui est celle des hommes de toute éternité a souvent fait commettre au XX^e siècle, après chacun des grands conflits, un contresens quant à la nature des armées et de l'action militaire. C'étaient les armées, par leur existence même, qui auraient été fauteuses de guerre. Ainsi que de la vague pacifiste qui a traversé l'Occident tout au long de la guerre froide. Or, après la chute du mur de Berlin, là où certains esprits généreux avaient cru voir surgir une ère de paix perpétuelle, c'est le contraire que l'on a constaté : le couvercle qui avait été placé sur la marmite par le monde bipolaire une fois soulevé, des violences longtemps contenues se sont donné libre cours.

Ainsi avons-nous redécouvert ce que nous avons déjà connu dans les années 1930 : la capacité de l'homme, individuellement et collectivement, à commettre les pires injustices vis-à-vis de son prochain, dans des conditions telles qu'il n'est, pour y mettre un terme, d'autre solution que d'y opposer la force, tous les autres modes opératoires, notamment diplomatiques ou économiques, se révélant vains, sinon contre-productifs.

Prévalence de la force sur la violence sans restriction

La force, qu'est-ce à dire? Une capacité de coercition susceptible de permettre de prendre l'ascendant sur le violent. Oui, mais encore? En fait, au-delà de tous

les euphémismes, une capacité d'infliger la destruction et la mort, s'il n'est pas d'autre solution face à la violence déchaînée.

Voici donc la capacité qu'il est nécessaire de détenir, certes extravagante au regard de nos valeurs de civilisation, mais absolument nécessaire, sauf à se soumettre à la loi du plus fort, ou plutôt du plus violent, et donc à trahir par défaut les valeurs que nous avons à défendre : universalité de l'homme, prix attaché à la vie, à l'intégrité et à la dignité de la personne humaine.

Est-ce à dire qu'à la violence déchaînée nous opposerons une même violence ? Si tel est le cas, nous trahissons, cette fois par excès, ces mêmes valeurs. Ainsi, la force devra pouvoir l'emporter sur la violence mais, pour autant, elle ne s'autorisera pas tous les moyens, ce qui implique une exigence éthique forte, nous y reviendrons.

Concrètement, les armées sont des institutions en charge de devoir, si nécessaire, user de la force ainsi définie. Elles tiennent leur légitimité des nations dont elles sont en quelque sorte déléguaires. Tels sont les fondements, en Occident, du « métier des armes ».

Mais revenons maintenant aux situations de terrain, à l'image de celle que j'ai décrite précédemment. Dans ces situations hors normes, d'abord, qu'est-ce qui fait qu'« on y va » ? Autrement dit, quelle motivation extraordinairement puissante pourra animer un garçon de 20 pour que, au reçu de l'ordre « à l'assaut », il s'élance, au mépris de la souffrance et de la mort ? Seuls les ignorants de la chose militaire ou les antimilitaristes viscéraux peuvent penser que serait en jeu on ne sait quelle robotisation du soldat, ou je ne sais quelle discipline féroce qui feraient qu'on craindrait plus le chef que les balles qu'on va affronter.

Le rôle premier de la solidarité ou la fraternité d'armes

Ce n'est pas comme cela que ça se passe. Alors y va-t-on au nom du drapeau, des valeurs, de la liberté, etc. ? Non. Il existe en la matière une constante historique. « On y va » parce que dans une troupe performante s'est créé un réseau de solidarités extrêmement fortes. D'une part, une solidarité « horizontale ». C'est l'esprit de camaraderie, si spécifique des unités militaires. On a une confiance absolue dans le camarade qui est à droite, dans celui qui est à gauche et dans celui qui est derrière. C'est une véritable fraternité qui s'est créée au fil des jours et des nuits, dans les bons et les mauvais jours, dans les joies et les épreuves partagées. Historiquement, tous les témoignages concordent là-dessus.

Cette solidarité « horizontale » se combine avec une solidarité « verticale ». L'exercice de l'autorité n'est pas, on l'a dit, l'imposition d'une discipline féroce. C'est une alchimie subtile qui se crée dans une confiance absolue entre le chef et ses subordonnés et qui repose sur la compétence du chef bien sûr, sur son autorité, mais aussi sur l'attention bienveillante qu'il témoignera à chacun de ses hommes, avec une composante affective très forte. C'est ce que nous appelons en français, d'un terme qui pourrait paraître emphatique, mais qui traduit bien ce qu'il veut dire, la « fraternité d'armes ». Et voilà pourquoi « on y va ». Confiance

dans ses camarades, confiance dans son chef, et du même coup, confiance en soi, car il ne faut pas décevoir... Telle est la motivation véritablement opératoire du soldat à l'heure de vérité.

Mais, objectera-t-on, tout cela est terriblement ambivalent. C'est pour le meilleur et pour le pire. On peut en effet penser que la Waffen SS aussi cultivait la fraternité d'armes... C'est pourquoi s'impose, de surcroît, une inspiration commune, nécessairement éthique, celle que dictent nos valeurs de civilisation que j'ai rappelées précédemment.

Et c'est dans la mesure où cette inspiration anime l'esprit de corps et la fraternité d'armes que l'éthique peut être intériorisée. Or, elle doit l'être pour avoir quelque influence sur les comportements dans les situations de violence exacerbées telles que j'en ai donné un exemple.

Efficienc e et humanité

Voilà donc notre soldat soumis à deux principes, pour une part antagonistes. D'abord un principe d'efficience : il faut prendre l'ascendant sur l'adversaire, l'emporter sur le violent, être le plus fort. Mais, au nom de nos valeurs de civilisation, on ne le fera pas n'importe comment, ni à n'importe quel prix : s'impose non moins le principe d'humanité. Ainsi la force ne saurait être violence déchaînée ; elle est nécessairement maîtrisée.

À ceux qui sont tentés de voir là une idée d'aujourd'hui, certains pour s'en féliciter comme d'un progrès de la conscience morale, d'autre pour ironiser sur le « politiquement correct » du moment, je veux rappeler que nous avons là un héritage de civilisation multiséculaire. Il trouve sa source au V^e siècle de notre ère dans l'empire romain déliquescant. Face à l'invasion des Vandales en Afrique du Nord, avec son cortège de saccages et d'atrocités, les structures politico-administratives ayant disparu, il n'y a guère plus que l'Église naissante qui peut constituer un recours. Dans la ville d'Hippone, qu'on appellera Bône du temps de l'Algérie française, Annaba aujourd'hui, l'évêque s'appelle Augustin. Ses ouailles se retournent vers lui et lui demandent : « laissera-t-on massacrer nos femmes et nos enfants ? » Et Augustin répond : « non ».

Jus ad bellum et jus in bello

Ainsi prend naissance, autour du concept – certes ambivalent ; mais n'en est-il pas toujours ainsi dans les affaires humaines ? – de « guerre juste », l'immense ambition, souvent trahie, mais jamais démentie, de mettre en œuvre, si nécessaire, une force qui ne soit pas violence. Cela sera traduit en termes de droit, au Moyen Âge, vous le savez : ce n'est pas à des juristes que je vais expliquer ce que sont le « *jus in bello* » et le « *jus ad bellum* ». Or le « droit des conflits armés » d'aujourd'hui ne serait-il pas la traduction contemporaine du « *jus in bello* » ?

De même, lorsque le Ministre des affaires étrangères français de l'époque, Dominique de Villepin, prononce devant l'ONU un discours véhément, visant à dissuader les Américains de s'engager dans la calamiteuse guerre

d'Irak, on peut vérifier que son argumentation suit pratiquement point par point les articles du « *jus ad bellum* » médiéval. Sans doute l'orateur ne l'a-t-il pas fait consciemment. Mais c'est dire si ces principes sont profondément ancrés dans notre culture. Bien loin d'être un effet de mode, le concept de force maîtrisée est donc intrinsèquement lié à nos valeurs de civilisation et ce, depuis des siècles.

Intériorisation et comportement instinctif

Encore faut-il, nous l'avons vu, que les principes en soient intériorisés. Pour cela, c'est affaire de formation, notamment et tout particulièrement des chefs. Lorsque j'étais encore en activité, j'avais eu un jour à intervenir sur ce genre de thème dans nos écoles de formation des officiers à Saint Cyr-Coëtquidan et j'avais eu notamment recours à un témoin – un commandant – dont je savais que, lieutenant à Sarajevo au cours de la crise des otages que j'ai évoquée initialement, il avait eu un comportement exemplaire dans une situation particulièrement difficile. À la question d'un des élèves de l'auditoire : « pourquoi avez-vous réagi comme cela ? », sa réponse a fusé : « je n'ai pas réfléchi ». C'était la meilleure réponse qu'il pouvait faire, car c'était dire que dans les situations paroxystiques de violence et d'urgence absolue, la réaction est quasi d'instinct. C'est alors que sont vains les ordres reçus, les « conduites à tenir », les « règles d'engagement », a fortiori le droit, mais que seul vaut le « fonds propre » de la personne. Et si ce « fonds propre » a intériorisé les principes dont nous parlons ici, on aura le seul rempart qui vaille contre la barbarie.

La guerre sans haine

Avant de conclure, je voudrais revenir sur le caractère profondément culturel des concepts et des principes évoqués. Ainsi du respect de l'adversaire. Le « code du soldat » français le prescrit dans son troisième article : « Maître de sa force il (*le soldat*) respecte l'adversaire et veille à épargner les populations ». À la Légion Étrangère, le « code du légionnaire », antérieur au code du soldat précité, énonce : « tu ne haïras pas ton ennemi ». Nous sommes bien là dans l'héritage multiséculaire du « *jus in bello* » médiéval.

Mais on connaît des cultures militaires, et non des moindres, qui font de la haine de l'ennemi un comportement que doit inculquer la formation au combat. Qui ne voit que dans le même temps où il faut se préoccuper d'améliorer le droit international, il n'est sans doute pas sans intérêt de mettre en cause les cultures militaires qui font de la haine de l'ennemi un des fondements de la formation du soldat ?

En effet, je ne veux pas me lancer devant vous dans un exercice – qui ne serait pas sans intérêt – qui serait de vous montrer comment, face à l'ambition humaniste multiséculaire que j'ai caractérisée précédemment, la plupart des régressions peuvent s'interpréter comme résultant de la diabolisation de l'adversaire. Et pourtant, l'Histoire nous le montre : la sacralisation des buts de

guerre et son corollaire, la diabolisation de l'adversaire, au nom de Dieu, de la nation, de la race ou de toute autre raison, ouvrent la porte à la barbarie.

Aujourd'hui, posons-nous ainsi la question de savoir si une certaine sacralisation des droits de l'homme ne peut pas concourir à un effet inverse que celui que nous recherchons ? De même du concept manifestement diabolisateur de « terrorisme ». Diaboliser l'adversaire, c'est se condamner aux régressions, c'est se condamner à la barbarie. C'est, de surcroît, en l'occurrence, alimenter le terrorisme même que l'on veut combattre.

Nul ne peut disconvenir, bien sûr, que les attentats aveugles visant les populations de tous âges et de toutes conditions soient résolument condamnables. Mais le terrorisme a une rationalité. Cette rationalité est évidente au niveau des commanditaires. C'est une stratégie indirecte, de contournement, du faible au fort. L'adversaire est tellement fort qu'on estime n'avoir d'autre solution que de contourner sa force pour aller frapper là où ça fait mal. Et où cela fait-il mal dans les sociétés occidentales ? Dans la population et dans l'opinion. Telle est la rationalité du commanditaire. Il utilise pour cela des hommes ou des femmes d'évidence « fanatisés » mais dont on voit bien que leurs ressorts véritables sont l'humiliation et le désespoir.

Dès lors plus la force est écrasante, plus elle encourage les « contournements », donc le terrorisme qu'elle veut combattre. Et plus on accule des populations entières au désespoir, en ajoutant de surcroît l'humiliation, plus on alimente le vivier de ce terrorisme.

Lorsque j'entends dire que l'on a déclaré la guerre au terrorisme, je ne sais pas si je dois en rire ou m'en désoler. Le terrorisme est une arme. C'est un peu comme si les souverains de la Renaissance en Europe avaient déclaré la guerre à l'arquebuse... Cela n'a pas de sens.

Pour conclure

C'est pourquoi les « nouvelles formes » des conflits d'aujourd'hui n'invalident en rien la haute ambition humaniste de notre héritage de civilisation. Le soldat, autant sinon plus que tout autre, en est porteur, quand bien même le tragique des situations auxquelles il est confronté le condamnent, au mieux, au moindre mal. Conclure c'est résumer et ouvrir. Pour cela, je ferai appel à deux courtes citations. La première est du moraliste Vauvenargues, qui a écrit, dans sa langue d'une rare concision : « c'est le vice qui foment la guerre, et c'est la vertu qui combat ». Oui, la violence est vice et la force vertu.

Mais cette citation pourrait nous valoir de fâcheuses interprétations si elle n'était pas complétée par une sentence énoncée bien des siècles auparavant par le grand Augustin évoqué précédemment : « il y a pire que le vice, c'est l'orgueil de la vertu ». Manifestement, la lecture de saint Augustin est à préconiser pour la formation des dirigeants politiques et des chefs militaires d'aujourd'hui.

La sanction dans un meilleur respect du droit humanitaire : son efficacité scrutée

Anne-Marie La Rosa*

Dr Anne-Marie La Rosa est conseillère juridique des services consultatifs de la division juridique du CICR. Elle enseigne aussi le droit international pénal.

En 2004, le CICR a publié une étude sur les origines du comportement en temps de guerre, dont le but est d'identifier les facteurs qui conditionnent de manière décisive le comportement des porteurs d'armes dans les conflits armés (ci-après l'Étude d'influence)¹. Une des principales conclusions de l'Étude d'influence relève que l'encadrement rigoureux des combattants, des ordres stricts et des sanctions effectives sont les leviers les plus efficaces pour obtenir des porteurs d'armes un meilleur respect du droit humanitaire.

Depuis 2006, le CICR a souhaité approfondir ces conclusions, en se concentrant en particulier sur le rôle des sanctions quand il s'agit de mieux faire respecter le droit humanitaire. Ce choix est aussi justifié par le fait que, dans le domaine des violations graves du droit international humanitaire, la sanction est incontournable. Les textes internationaux prévoient, en général, dans des termes plus ou moins semblables, que les Parties doivent prendre les mesures législatives nécessaires pour assurer leur application et notamment prévoir des sanctions pénales adéquates, réellement efficaces et strictement appliquées ou encore des sanctions suffisamment dissuasives, lorsque des violations touchant à des valeurs fondamentales ont été commises.

* Cet article reflète les opinions de l'auteur et non pas nécessairement celles du CICR. La version anglaise de ce texte est publiée sous le titre «Sanctions as a means of obtaining greater respect for humanitarian law: a review of their effectiveness», *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N° 870, juin 2008, pp. 221-247.

Dans les efforts d'accompagnement du CICR auprès des États et parties aux conflits auxquels incombent la responsabilité première de la mise en œuvre et de l'application du droit international humanitaire, la recherche des moyens permettant une meilleure réalisation de la sanction devient cruciale. En d'autres termes, il s'agit de se concentrer sur les conditions qui pourraient permettre d'augmenter l'effet dissuasif de la sanction et de préciser la lisibilité de son message lorsqu'elle est appliquée aux violations du droit international humanitaire.

L'approfondissement du rôle de la sanction dans un meilleur respect du droit humanitaire permet aussi de réaffirmer l'importance de la règle de droit et des valeurs universelles fondamentales qu'elle défend. Cette réflexion devrait contribuer au renforcement de la norme elle-même et éviter, du même coup, sa remise en cause. Elle devrait aussi participer à la détermination de ce qui relève du négociable et de ce qui devrait d'emblée en être exclu.

Pour mener à bien cet exercice et trouver le juste alliage entre les principes théoriques et le pragmatisme, un certain nombre de défis doivent être surmontés. En premier lieu, le choix de ne pas définir d'emblée la notion de sanction peut surprendre². Si la sanction pénale et son efficacité restent au cœur du débat, il nous semble que le mérite des différentes sanctions doit être analysé dans le cadre d'un processus de justice qui s'inscrit dans le temps et dans l'espace et qui revêt une pluralité de formes complémentaires. Prise isolément, la sanction est bien souvent insuffisante et peu efficace. Elle peut toutefois trouver toute sa pertinence si on la situe dans ce processus holistique. Il permet du reste de répondre à des exigences parfois contradictoires, telles celles de justice réfléchie et de célérité. Approfondir le rôle de la sanction dans un meilleur respect du droit humanitaire oblige donc à se pencher tant sur la nature et les caractéristiques des sanctions proprement dites que sur des questions telles que les formes de justice, les personnes auxquelles elles s'appliquent ou encore l'environnement dans lequel elles sont utilisées.

Deuxièmement, une réflexion sur le rôle des sanctions oblige, pour être crédible et suffisamment approfondie, à décloisonner le débat et à soumettre les questions au feu croisé de différentes spécialités avec l'espoir de générer une fertilisation réciproque et le risque de demeurer dans le domaine des généralités. Enfin, il faut être aussi conscient qu'il existera toujours un écart entre le nombre de sanctions et le nombre de crimes qui ont été commis dans le contexte de conflits armés, étant donné le caractère souvent massif ou systématique de ces crimes : le respect strict du principe d'égalité apparaît dans ces circonstances difficilement réalisable.

Cela dit, certaines précisions sont néanmoins de mise. La réflexion se limite aux porteurs d'armes, y compris aux groupes armés, même si dans ce

1 Daniel Muñoz-Rojas, Jean-Jacques Frésard, *Origines du comportement dans la guerre – Comprendre et prévenir les violations du droit international humanitaire*, CICR, Genève, octobre 2004.

2 Sur la question de la définition de la sanction en droit international, se référer à la contribution de Emmanuel Decaux : «The definition of traditional sanctions: their scope and characteristics», *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N° 870, juin 2008, pp 249-257.

dernier cas l'information est souvent incomplète et fragmentaire. La toile de fond est donc le comportement dans la guerre et l'attention est portée sur les violations du droit applicable dans les conflits armés. Dans ce cadre, il faut prendre en considération la réalité sociale d'une situation de guerre où les crimes – même graves – sont souvent commis en raison de circonstances et par des personnes qui n'auraient pas basculé dans la criminalité en temps normal. La réflexion se limite aux mesures qui visent les individus et non les États suite à un fait internationalement illicite, même si ces questions sont parfois inextricables, surtout lorsqu'il est question de juger les dirigeants et que les violations du droit humanitaire sont la conséquence d'une politique qu'ils ont eux-mêmes élaborée. Il ne faut pas en effet ignorer le rôle important que peuvent jouer les organes judiciaires internationaux en reconnaissant officiellement les violations du droit international humanitaire dont les victimes ont été l'objet et leur octroient réparation lorsque les États n'ont pas respecté leurs obligations internationales. En outre, cette jurisprudence peut avoir une influence réelle sur le comportement des États concernés, ce qui doit être pris en compte³.

La réflexion sur le rôle des sanctions dans un meilleur respect du droit international humanitaire porte sur sept volets qui ont été identifiés lors des travaux entrepris par le CICR depuis 2006 :

- le premier soulève la question de l'adhésion à la norme et explore le degré de connaissance du droit international humanitaire par les parties concernées ;
- le second se réfère à la sanction proprement dite ;
- le troisième volet s'intéresse aux caractéristiques de l'auteur ;
- la situation des groupes armés est traitée de manière distincte dans le quatrième ;
- le cinquième s'intéresse à la problématique du groupe ;
- la justice transitionnelle, en tant que mesure d'accompagnement, est traitée dans le sixième ; et, enfin,
- la problématique des victimes est approfondie dans le septième et dernier volet.

Pour chacun de ces thèmes, certains éléments qui pourraient servir de base au développement d'un outil opérationnel seront proposés. Ce dernier devrait être à même d'aider les parties concernées dans la mise en place d'un système de sanctions en mesure d'influencer durablement le comportement des porteurs d'armes dans un meilleur respect du droit international humanitaire.

3 À cet égard, des développements intéressants ont pu être observés dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme et la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme : se référer notamment aux nombreuses affaires devant la CEDH sur la question des disparus concernant la Tchétchénie. Dans ces affaires, la CEDH considère que pour éviter un traitement inhumain des familles des disparus, l'État doit mettre en place un mécanisme effectif pour apporter des réponses aux familles. Voir également la contribution de Xavier Philippe portant notamment sur la répartition des compétences entre organes judiciaires : « Sanctions for violations of international humanitarian law: the problem of the division of competences between national authorities and between national and international authorities », *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N° 870, juin 2008, pp 359-370.

Ces éléments sont présentés de manière synthétique dans les conclusions. Les questions qui ont été identifiées lors des travaux et pour lesquelles un besoin d'approfondissement et de recherches supplémentaires s'avère nécessaire sont aussi précisées au fil des différentes sections.

Adhésion à la norme

L'application de la sanction, c'est aussi le constat d'un degré insuffisant d'adhésion à la norme dont on doit marquer le non-respect. Or, pour que des individus adhèrent à une norme particulière, encore faut-il qu'ils la connaissent, qu'elle fasse partie de leur cadre de référence. Le simple fait pour un État d'être partie à un traité international ne suffit pas et des mesures appropriées doivent être prises par les autorités compétentes afin de transposer les normes qu'il contient dans le droit national.

Or, bien que le droit international humanitaire prévoit l'obligation de répression pour toutes violations graves de ses dispositions, il faut constater avec regret que la législation d'un bon nombre de pays ne satisfait pas à cette exigence. Certains faits qui devraient être réprimés – et par voie de conséquence les sanctions qui s'y appliquent – ne sont tout simplement pas inclus dans la législation de référence d'un bon nombre d'États, ni sous une forme ni sous une autre. Cette situation s'explique par différents facteurs tels l'ancienneté des textes en cause, l'absence de priorité ou d'intérêt des autorités en ce qui concerne les questions de droit humanitaire ou enfin un manque de volonté de politique.

Dans les cas où certaines mesures ont été prises, il faut aussi constater que, bien souvent, elles sont incomplètes et génèrent des problèmes tant du point de vue du fond que de la forme. Par exemple, il arrive fréquemment que la liste des crimes inclus dans la législation nationale soit lacunaire. Dans certains cas, il y a même absence de dispositions relatives aux principes généraux du droit pénal international. En conséquence, les dispositions d'application générale des législations pénales nationales restent applicables aux crimes internationaux et permettent de soulever indûment certains obstacles à l'action pénale, telles la survenance d'une prescription extinctive ou la défense de l'ordre supérieur. En outre, les modifications et ajustements nécessaires ne sont pas toujours apportés à tous les textes pertinents, notamment ceux qui s'appliquent aux porteurs d'armes et rendent possible un traitement différencié pour les mêmes faits tant comme crimes relevant de la législation pénale de droit commun que comme infractions militaires. Ces crimes sont généralement jugés par des instances distinctes et donnent lieu à des peines parfois très différentes. Enfin, les systèmes pèchent fréquemment par un manque de clarté, les dispositions relatives à la répression des violations les plus graves du droit international humanitaire étant dispersées dans plusieurs textes d'application (code pénal, code de procédure pénale, code de justice militaire, code pénal militaire, code de discipline militaire, loi spéciale...). Ces dispositions sont rarement regroupées dans un seul texte. Les crimes sont parfois inclus dans les textes de droit pénal général ou dans ceux de nature mili-

taire, ou les deux à la fois. Dans certains cas, les juridictions de droit commun sont exclusivement compétentes pour juger ces crimes alors que dans d'autres, ce sont les tribunaux militaires qui sont retenus. D'autres systèmes retiennent la compétence concurrente. Cette disparité est source de méconnaissance des règles et de leur application et d'une double incohérence. Incohérence quant à l'éclatement des juridictions chargées de juger des mêmes faits; incohérence quant aux risques de différence de traitement – procédurales et de fond – qui peuvent exister entre les différents ordres ou types de juridictions. Un effort de rationalisation est nécessaire pour assurer une meilleure efficacité de la sanction. Si l'unification au profit d'un seul tribunal semble souhaitable, elle semble irréaliste au regard de l'attachement des États à leur système juridictionnel. En revanche, l'idée de similitude des garanties, voire des procédures, devant les juridictions chargées du traitement des violations graves du droit international humanitaire devrait pouvoir faire l'objet d'une meilleure réception de la part des États.

Il faut aussi admettre que certaines normes du droit international humanitaire devraient être clarifiées pour permettre une meilleure cohérence des différentes justices pénales. En effet, les juges nationaux sont souvent confrontés non pas au seul défaut d'existence des règles mais à leur manque de concrétisation en raison du faible nombre de cas dont ils ont à traiter. Cette situation est susceptible de générer une certaine timidité à l'égard des crimes internationaux lorsqu'ils y sont confrontés et de conduire soit à la déclinaison de leur compétence au regard des faits répréhensibles, soit à une appréhension erronée ou incomplète de la règle existante. La clarification de ces règles pourrait permettre de minimiser ce risque.

Caractéristiques de la sanction

Une réflexion portant sur l'efficacité des sanctions dans le domaine des violations du droit international humanitaire doit se référer en grande partie aux nombreux travaux réalisés au niveau national en la matière, notamment dans les domaines de la criminologie et de la pénologie. Toutefois, des caractéristiques spécifiques sont à prendre en compte dans cette réflexion. D'abord, il ne faut pas oublier que ces violations sont commises dans une situation exceptionnelle de violence exacerbée. Il faut aussi reconnaître qu'il est difficilement envisageable de penser que tous les crimes seront réprimés et, enfin, les personnes ayant commis des exactions et qui devraient faire l'objet de ces sanctions ne présentent pas, pour la majorité, le profil de criminels de droit commun. Ces considérations doivent dès lors demeurer à l'esprit dans l'exercice d'identification des caractéristiques de la sanction.

Efficacité de la sanction

Une sanction efficace est celle qui produit l'effet qu'on en attend. Vu sous cet angle et compte tenu de la variété tant des crimes que de leurs auteurs ou de

leurs victimes, il peut être difficile d'évaluer l'efficacité de la sanction lorsque des violations du droit humanitaire ont été commises. Les objectifs de la sanction peuvent en effet se multiplier et se superposer, varier dans le temps et dans l'espace et dépendre des individus concernés. On ne peut pas, par exemple, assimiler les mesures dont devraient faire l'objet les dirigeants qui planifient, organisent ou ordonnent l'exécution des crimes à celles visant les commettants, parmi lesquels sont malheureusement parfois inclus les enfants. On ne peut, non plus, exclure de l'évaluation des sanctions les impacts que celles-ci produisent sur les personnes qui ont été d'une manière ou d'une autre lésées.

D'une façon générale, la définition des infractions et des sanctions souffre d'un certain manque de prévisibilité ou de lisibilité pour les personnes susceptibles d'être impliquées dans des conflits armés en tant que porteur d'armes. L'approche exclusivement pénale du comportement infractionnel et de la sanction rend par ailleurs son effet dissuasif assez illusoire. La dynamique de l'exercice consiste à rechercher quels pourraient être les facteurs et les conditions visant à éviter que le crime ne se produise ou qu'il ne se répète. À cet effet, il s'agit de garder constamment à l'esprit l'idée d'une construction par paliers avec des freins (qu'ils soient ou non sous forme de sanctions) à chaque échelon d'un processus qui conduit l'individu à commettre un crime. Cette capacité de réaction existe sur le papier mais est insuffisamment exploitée dans la pratique.

Cela dit, certaines caractéristiques demeurent invariables, indépendamment des circonstances, des individus visés ou de la juridiction qui prononce la sanction. En premier lieu, il semble que la sanction ne puisse jouer pleinement son rôle que dans la mesure où elle permet de marquer, dans tous les cas, soit pendant, soit juste après l'infraction, le caractère répréhensible de celle-ci. La sanction doit dès lors se caractériser par la certitude qu'elle sera prononcée et par son immédiateté, c'est-à-dire qu'une réaction tombera sans délai. Il faut évidemment reconnaître que certaines sanctions, notamment pénales, ne permettent pas toujours cette célérité, d'où l'intérêt d'explorer la combinaison de mesures qui soient les plus à même de produire les effets recherchés auprès des auteurs, des victimes ou de toutes autres personnes intéressées.

La sanction doit également être appliquée indistinctement à tous les auteurs des violations, quels que soient leurs groupes d'appartenance, afin de respecter le principe d'égalité et d'éviter de générer un sentiment de « justice des vainqueurs ».

Deuxièmement, la publicité qui entoure la sanction est aussi importante. L'obligation de diffusion est fondamentale pour l'efficacité de la sanction car c'est à travers elle que les gens sont informés et éduqués sur ce qui constitue une violation grave et les conséquences qu'elle entraîne. Cette publicité soulève de complexes enjeux notamment sur la manière de l'assurer en temps de paix comme en temps de guerre. Elle doit, dans tous les cas, couvrir le raisonnement de la sanction, c'est-à-dire ce qui explique son choix, la rend lisible. Elle doit aussi porter sur tout le processus qui aboutit au prononcé de la sanction (compte tenu toutefois des impératifs de la protection des données individuelles), ce qui exclut d'emblée en toutes circonstances les juridictions clandestines et les lieux secrets.

Troisièmement, la sanction devrait se caractériser par sa proximité tant formelle que substantielle. Elle devrait être, autant que faire se peut, le plus près des lieux où les infractions ont été commises et de ceux sur lesquels elle doit produire ses effets. Il faut éviter autant que possible un processus abstrait, désincarné, hors sol. La délocalisation ne devrait être envisagée que lorsque la justice *in situ* s'avère impossible pour des raisons notamment liées à l'incapacité ou au manque de volonté des parties qui en sont responsables et devrait être systématiquement accompagnée d'un processus complémentaire de sensibilisation locale. Il faut, dans tous les cas, prendre en compte le contexte local (national), tout en pondérant ce facteur avec des critères universels mentionnés ci-dessous. Par contexte, on entend l'ensemble des éléments médiats et immédiats permettant un meilleur impact de la sanction au cadre et à l'individu auxquels elle s'applique, en tenant notamment compte du facteur culturel. Le domaine de la sanction semble ouvert à l'exploration de processus qui vont au-delà du système accusatoire et qui sont fondés sur des logiques qui pourraient produire de meilleurs effets dans certaines circonstances, tels les processus fondés sur la stigmatisation publique (*shaming*) ou sur la réhabilitation⁴. En d'autres termes, les États devraient davantage explorer les différentes façons d'appliquer le droit « à leur manière », en n'excluant pas le recours à des formes adaptées de justice plus traditionnelle, en vue d'une meilleure effectivité du droit.

Quatrièmement, rien ne justifie de s'éloigner des principes bien établis de l'individualisation et de la proportionnalité de la peine. Il faut toutefois reconnaître que le principe de proportionnalité paraît difficile à mettre en œuvre dans le cas de violations massives ou systématiques du droit international humanitaire⁵. Pourtant, à regarder de plus près, le principe de proportionnalité constitue l'une de ces fausses idées claires de la science juridique, auxquelles tous se réfèrent sans jamais vraiment en cerner les contours. Concept nomade de différentes sciences, la proportionnalité constitue un principe incontournable en raison de la fonction logique qu'elle exerce dans la mise en œuvre des règles de droit. Sa richesse – mais également sa complexité – repose sur l'évaluation d'un rapport entre plusieurs grandeurs ou variables qui obligent d'abord l'acteur, puis le juge, à apprécier des « rapports de proportion », comme le ferait un peintre reproduisant un paysage sur un tableau. Bien évidemment, outre la proportion initiale entre la gravité de la faute et la sanction, il existe plusieurs autres « rapports de proportion », ce qui explique que l'on parle davantage – ou l'on devrait parler davantage – de « principe d'absence de disproportion » que de principe de proportionnalité. En droit pénal, le principe de proportionnalité

4 À cet égard, voir notamment la contribution de Amedeo Cottino qui explore le traitement des crimes par les communautés navajos et indigènes hawaïennes, « Crime prevention and control: Western beliefs vs. traditional legal practices », *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N° 870, juin 2008, pp. 289-301.

5 Emmanuel Decaux observe à cet égard que c'est justement parce que le crime commis est sans commune mesure que la grandeur morale est d'échapper à la logique de la vengeance, du règlement de compte ... sans pour autant se contenter d'un « procès symbolique », voir note 2 ci-dessus.

oblige le juge à une démarche synthétique, c'est-à-dire à prendre en considération non seulement les faits reprochés à l'auteur mais également l'intégralité de l'environnement qui a conduit à leur commission aux fins de déterminer la peine. Cette compréhension du principe de proportionnalité permet de s'éloigner de la logique stricte de cycles de vengeance et de violence certainement inhibiteurs à un meilleur respect du droit international humanitaire⁶.

Typologie de la sanction

Vu sous cet angle, la sanction peut être diverse : tantôt pénale ou disciplinaire, juridictionnelle ou non, tantôt imposée par un organe pénal de droit commun ou militaire, ou encore international ou national. Il semble que le droit international humanitaire ne devrait pas exclure d'emblée le recours à –d'autres solutions que la sanction pénale. Celles-ci pourraient être susceptibles de mieux prendre en considération les particularités contextuelles et être plus adaptées pour tenir compte du caractère massif ou systématique des violations. Toutefois, on ne saurait transiger avec le fait qu'il reste obligatoire de conserver une sanction pénale pour les violations graves du droit international humanitaire et que l'emprisonnement reste indispensable dans ces cas. L'emprisonnement est notamment la seule sanction envisageable pour punir des grands criminels longtemps après la commission de leurs infractions (parfois plusieurs décennies), hypothèse crédible dans la mesure où ces crimes sont imprescriptibles et où la lutte contre l'impunité a pris une nouvelle dynamique depuis quelques années. Cela n'empêche pas toutefois de chercher à nourrir cette forme de sanction en y voyant non la concrétisation de la neutralisation ou de l'élimination de la personne concernée mais plutôt un processus par lequel elle est amenée à accepter sa responsabilité, y compris face aux victimes. Le programme qui vise sa réhabilitation devrait aussi prendre en considération ses spécificités. Les particularités contextuelles ne sauraient pas non plus remettre en cause les règles internationalement reconnues dans le domaine de la justice des mineurs, aussi applicables aux enfants qui ont été impliqués dans la commission de violations du droit international humanitaire, et qui sont fondées en tout premier lieu sur l'intérêt supérieur de l'enfant et poursuivent un objectif de réhabilitation et de réintégration⁷.

6 Voir la contribution de Damien Scalia pour un développement sur l'application à la peine des principes de la légalité, de la nécessité, de la proportionnalité et de la non-rétroactivité, «A few thoughts on guaranties inherent to the rule of law as applied to sanctions and the prosecution and punishment of war crimes», *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N° 870, juin 2008, pp. 343-357.

7 Se référer notamment à la Convention relative aux droits de l'enfant (2 sept. 1990), art. 37, 39 et 40; Pacte international relatif aux droits civils et politiques (23 mars 1976), art. 14, par. 4 et, aussi, aux textes internationaux qui traitent spécifiquement de la question, tels l'Ensemble des règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs (*Beijing Rules*), doc. off. AGNU/RES/40/33 (29 nov. 1983); Principes directeurs des Nations Unies pour la prévention de la délinquance (*Riyadh Guidelines*), doc. off. CES/RES/1989/66 (24 mai 1989); Règles des Nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté, doc. off. AGNU/RES/45/113 (14 déc. 1990); et Directives des Nations Unies relatives aux enfants dans le système de justice pénale, doc. off. CES/RES/1997/30 (21 juillet 1997).

Cette approche intégrée de la sanction, poussée par la volonté d'en extraire toute la capacité, amène à en combiner différents types. Pour les porteurs d'armes, par exemple, le recours à la sanction disciplinaire appliquée sans délai, couplée à un processus pénal lorsqu'il s'agit de violations graves, devrait être privilégié⁸. En effet, la sanction disciplinaire qui constitue la réaction immédiate de la hiérarchie est à même d'affecter tout de suite la dynamique du groupe et de marquer immédiatement l'interdit, évitant toute déviation systémique subséquente. Pour sa part, la sanction pénale, qui intervient nécessairement plus tard, s'inscrit tel un message de rappel des normes et des règles du droit humanitaire envers l'auteur de l'infraction et envers la société.

Le fait d'accepter que l'efficacité de la sanction peut dépendre d'une combinaison de ses diverses formes suppose aussi que différents systèmes de justice puissent être mis à profit. Quels qu'ils soient, on ne saurait trop insister sur l'importance de règles nationales et internationales claires posant les critères à respecter en termes d'impartialité, d'indépendance, de publicité et de conformité aux normes garantissant une procédure équitable, y compris dans le prononcé de la peine. En outre, les individus appelés à trancher devraient être correctement formés avant d'assumer leurs fonctions, y compris sur le contexte culturel dans lequel ils sont appelés à intervenir. Ce socle essentiel étant acquis, reste à déterminer quel est le système le plus adéquat selon les circonstances. Il est apparu une claire préférence, quand cela est possible, pour un système national plutôt qu'international et de juridictions pénales ordinaires plutôt que de juridictions pénales militaires, mais avec bien sûr, un certain nombre de nuances. Il existe certes des situations où le complément international est indispensable – voire inévitable – et des domaines où la justice militaire peut harmonieusement compléter la justice ordinaire, notamment lorsqu'elle permet un déploiement rapide sur les lieux⁹. Dans tous les cas, ces tribunaux doivent offrir toutes les garanties judiciaires des droits de la personne et du droit international humanitaire.

Le rôle complémentaire que peut aussi jouer la justice traditionnelle dans le processus mérite une analyse attentive comportant le grand défi de concilier le souci d'efficacité avec la préservation des principes essentiels, notamment ceux liés aux garanties d'une procédure équitable, dans des situations où des violations massives ont été commises¹⁰. Tout en reconnaissant l'importance de la spécificité culturelle qui permet d'échapper à une vision

8 Sur la question des sanctions disciplinaires applicables dans le contexte des forces armées, se référer à la contribution de Céline Renaut, «The impact of military disciplinary sanctions on compliance with international humanitarian law», *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N° 870, juin 2008, pp. 319-326.

9 Dans le contexte de conflits armés, il faut préciser que les textes de référence disposent que les prisonniers de guerre doivent être jugés, en règle générale, par des tribunaux militaires, assimilant ainsi les prisonniers de guerre aux forces armées de la puissance détentrice. Au contraire, les civils qui se trouvent au pouvoir de l'ennemi devront l'être par les tribunaux qui seraient normalement compétents sur leur territoire (voir notamment Convention de Genève (III), art. 82-88 et 102; Convention de Genève (IV), art. 3, 64-66 et 71).

10 Voir la contribution de Amedeo Cottino à cet égard, note 4 ci-dessus.

ethnocentrique, elle ne peut pas devenir un prétexte pour brader de tels principes et le risque d'instrumentalisation de la justice traditionnelle ne doit pas être sous-estimé.

Dans le cas des parties qui ne sont pas en mesure de répondre elles-mêmes aux violations et où le complément international est nécessaire, s'ouvre un champ d'investigation qui devrait être alimenté par les expériences encore toutes fraîches qui sont réalisées dans les systèmes très divers mis en place. On s'accorde toutefois pour dire que l'apport international devrait être transitoire et viser à remettre en place les systèmes nationaux dans la durée, en renforçant notamment leurs capacités. Il est temps d'évaluer les mérites de ces systèmes *ad hoc*, tels celui de la Bosnie-Herzégovine avec l'intégration de juges internationaux dans le système national, de la Sierra Leone avec la création d'une cour mixte, ou des tribunaux internationaux indépendants des systèmes nationaux, comme ceux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, tout en tenant compte bien sûr de l'existence de la Cour pénale internationale. Tous ces systèmes ont évidemment leurs limites, notamment en raison de leur capacité d'absorption limitée, ce qui peut constituer une source de frustration. Il s'agirait donc de tenter de formuler des lignes directrices visant notamment à identifier les conditions les plus propices pour la fourniture d'une expertise internationale aux structures nationales, à susciter une réponse nationale adéquate et à favoriser une dialectique d'enrichissement entre les différents systèmes de justice impliqués. Dans cette cohabitation de systèmes différents, il faut veiller à éviter les inégalités que peuvent engendrer autant les systèmes eux-mêmes que leur mise en œuvre dans la détermination et l'application de la sanction.

Compétence universelle et complémentarité de la sanction

Enfin, dans cette réflexion sur la complémentarité des rôles des systèmes appelés à marquer l'opprobre, on ne saurait passer sous silence la compétence universelle, ce principe donnant vocation aux tribunaux de tout État pour connaître de certains crimes internationaux et ce, quel que soit le lieu de perpétration de l'infraction ou la nationalité de l'auteur ou de la victime. L'objectif de cette compétence est d'assurer une répression sans faille pour certaines infractions particulièrement graves. Elle marque la solidarité des États dans la lutte contre la délinquance internationale et devrait, au moins en théorie, permettre de trouver dans tous les cas un organe compétent pour punir. De récents exemples ont également démontré que la compétence universelle, c'est-à-dire l'initiation de procédures à l'étranger, pouvait avoir une emprise sur les juridictions de l'État sur le territoire duquel les crimes ont été commis ou de la nationalité de l'auteur en incitant au déclenchement d'une action sur le territoire national.

La compétence universelle a également des répercussions sur la perception de la sanction dans le cadre national. La tendance générale des autorités judiciaires à l'égard des violations graves du droit international humanitaire consiste à considérer que le risque relativement limité d'avoir à traiter de telles affaires rend inutile un approfondissement de leurs connaissances dans

ces domaines. Or, si les mécanismes de la compétence universelle viennent à se développer, même les endroits les plus pacifiés de la planète peuvent se retrouver confrontés au devoir de juger des criminels de guerre. La situation est loin d'être une hypothèse d'école : le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a, par exemple, transféré aux États certains dossiers d'accusés qui seront examinés dans le cadre de leurs systèmes judiciaires nationaux et le Tribunal pénal international pour le Rwanda s'apprête à faire de même¹¹. Dès lors, la connaissance par les juges des règles relatives aux crimes internationaux constitue une nécessité et le prolongement naturel d'une compétence universelle réaffirmée. Elle est d'autant plus indispensable que l'effectivité de la sanction est l'affaire de tous.

La compétence universelle paraît essentielle en raison du fait qu'elle est liée à l'efficacité de la sanction et à l'idée qu'aucun criminel de guerre ne doit échapper à la répression. Dans la pratique, toutefois, sa mise en œuvre est souvent difficile et se heurte à des obstacles tant techniques (les conditions ne sont pas identiques d'un pays à l'autre) que politiques (sélectivité des cas) qui font qu'elle est exercée aujourd'hui de manière sporadique et anarchique. Il semblerait dès lors opportun d'élaborer des lignes directrices pour l'exercice de la compétence universelle qui pourraient tirer profit du cadre de la complémentarité prônée par le Statut de la Cour pénale internationale. Ces lignes, qui tiendront compte des travaux déjà réalisés en la matière¹², pourraient établir le minimum de liens qui doivent exister entre l'auteur de l'infraction et le lieu du procès, par exemple en exigeant sa présence sur le territoire en question, insister sur les modalités de coopération entre les États concernés et mettre aussi l'accent sur l'importance pour les États où ont eu lieu les infractions de respecter leur obligation de répression ou, à défaut, de permettre aux autres États ou organes internationaux compétents de le faire.

Caractéristiques de l'auteur

L'ensemble des travaux révèle la nécessité de mettre en place des mécanismes nécessaires pour punir tant l'auteur de la violation que la hiérarchie qui en est responsable. Pour ce qui est de l'auteur proprement dit de la violation, des questions demeurent sur son degré de responsabilité lorsque les crimes sont commis à la suite d'un ordre (manifestement) illégal. Il faut à cet égard rappeler que la discipline militaire exige que les ordres soient suivis sans tergiversation

11 Il s'agit de la procédure prévue à l'article 11*bis* de leurs règlements de procédure et de preuve.

12 Voir notamment les travaux entrepris par l'Université Princeton sur la compétence universelle qui a identifié en 2001 certains principes, disponibles à l'adresse suivante : <<http://www1.umn.edu/humanrts/instree/princeton.html>> (dernière consultation le 16 octobre 2008). Voir aussi la résolution de l'Institut de droit international, adoptée à sa session de Cracovie en 2005, relative à la compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, disponible à l'adresse suivante : http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/2005_kra_03_fr.pdf (dernière consultation le 16 octobre 2008).

sous peine de sanctions qui peuvent être très sévères, surtout lorsque la désobéissance intervient dans le cadre d'opérations sur le terrain. Le non-respect de l'ordre peut survenir dans au moins deux cas de figure qu'il convient de distinguer. Le premier se réfère aux cas où l'ordre donné est, *a priori*, légal mais son exécution ne l'est pas, en raison du fait que son imprécision n'a pas permis aux subordonnés de comprendre ce qu'il signifiait ou les mesures qu'il autorisait. Dans ce cas, il est évident que la formation prend toute son importance. La latitude d'interprétation laissée volontairement ou non aux subordonnés devrait se mesurer à l'aune des règles applicables du droit humanitaire qu'ils auront intégrées et leur acte devrait demeurer, si le processus a été correctement appliqué, dans la légalité.

Le second cas de figure renvoie à un ordre manifestement illégal. Dans ce cas, le droit est limpide : son respect est sujet à sanction et ne peut d'aucune manière être un facteur d'exonération, tout au plus peut-il être pris en considération comme circonstance atténuante, sous certaines conditions strictes. Le subordonné doit donc refuser de s'y plier. Un ordre manifestement illégal est une injonction dont l'illégalité est évidente. Vu sous cet angle, le caractère illégal des infractions graves incluses dans les Conventions de Genève et leur Protocole additionnel I, du génocide ou des crimes contre l'humanité est difficilement contestable. C'est du reste l'approche retenue par le Statut de Rome, au moins pour ces deux derniers crimes¹³. Dans ces cas, ils s'avèrent être une concrétisation du principe d'humanité, en ce qu'ils sont susceptibles de léser l'être humain dans ce qui lui est le plus essentiel et qu'ils sont indiscutablement répréhensibles. La situation du subordonné qui doit évaluer le caractère manifestement illégal d'un ordre est plus délicate pour ce qui est de certains crimes de guerre qui prennent en considération un élément de proportionnalité¹⁴ ou qui obligent à distinguer entre ceux qui participent aux hostilités et les autres. Dans les cas où la responsabilité du subordonné est retenue, la sanction devrait très certainement tenir compte de la situation difficile dans laquelle il se trouvait (y compris les pressions qu'il a subies, voire les menaces dont il a fait l'objet). Lorsqu'il s'agit d'un ordre que le soldat considère comme manifestement illégal, le cadre opérationnel devrait prévoir un mécanisme de clarification de l'ordre auquel le subordonné pourrait avoir recours.

Pour sa part, le supérieur hiérarchique peut voir sa responsabilité engagée à différents égards pour notamment : avoir participé sous une forme ou une autre à la violation ; avoir ordonné de commettre une violation ; avoir omis d'empêcher la commission d'une infraction et, de ce fait, failli à son devoir de vigilance ; avoir omis de punir ceux qui ont commis les violations, ou pire les avoir couverts. À cela s'ajoutent ses obligations en termes de formation de ses subordonnés.

13 Statut de Rome, art. 33, par. 2.

14 Il est fait ici référence au principe de proportionnalité propre au droit international humanitaire qui requiert que la gravité des conséquences d'une conduite déterminée sur les personnes et biens protégés par ce droit ne soit pas excessive par rapport à l'avantage militaire attendu.

On s'entend pour reconnaître l'importance de la responsabilité des supérieurs civils et militaires même s'ils n'ont pas participé directement à l'infraction et on se félicite des récents développements de la jurisprudence en la matière tant au niveau national qu'international, notamment en ce qui concerne les conditions qui doivent être réunies pour que les supérieurs civils ou militaires voient leur responsabilité engagée¹⁵. Toutefois, il est convenu que de nombreuses zones méritent d'être éclaircies pour que cette forme de responsabilité soit pleinement intégrée dans les théâtres d'opération tant pour ce qui est des violations graves du droit humanitaire que pour celles qui ne le sont pas.

Premièrement, la notion même de supérieur devrait être précisée. Sur cette question, le commentaire du Protocole I évoque «un supérieur qui a une responsabilité personnelle à l'égard de l'auteur des agissements en question, parce que ce dernier, étant son subordonné, se trouvait placé sous son contrôle.»¹⁶ Il est toutefois peu prolixe en ce qui concerne les problèmes liés à la chaîne hiérarchique et au commandement ainsi qu'au degré de responsabilité en fonction de différents scénarios, allant de l'ordre de commettre l'infraction aux lacunes dans l'instruction, en passant par la complicité, l'instigation, l'encouragement et la tolérance. Cette question pourrait certes être approfondie et utilement liée à celle de l'ordre manifestement illégal mentionnée ci-dessus.

Deuxièmement, les mesures qui doivent être prises par les supérieurs devraient être plus clairement définies en fonction de leur hiérarchie et de leurs positions dans la chaîne de commandement pour leur permettre de mieux cerner ce qui est raisonnablement attendu d'eux. Enfin, on ne peut ignorer les liens qui existent entre le contrôle militaire et le pouvoir de l'organe civil de tutelle. Il faut que le spectre de la sanction soit susceptible d'influencer tous ceux qui pourraient voir leur responsabilité engagée, surtout les dirigeants.

Troisièmement, il faut reconnaître que cette approche fondée sur la distinction entre supérieurs et subordonnés occulte l'importance des cadres intermédiaires tant dans la mise en œuvre d'entreprises criminelles que dans la reconstruction d'une société qui sort d'un conflit. En effet, l'examen des peines qui ont été prononcées par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie révèle que les peines les plus sévères ont été réservées aux dirigeants qui ont été jugés ainsi qu'aux subalternes dont les actes étaient particulièrement ignominieux. À la lumière de premières analyses, il semble que ceux des accusés qui avaient occupé des positions intermédiaires dans la hiérarchie se sont vus sanctionnés, en règle générale, de manière plus clémente, ce qui pourrait traduire aussi leur détachement par rapport aux politiques criminelles poursuivies ou encore leur volonté d'alléger les dommages ou souffrances qui en sont les conséquences. Il faut être conscient que c'est le contexte bien

15 Pour plus d'information sur cette question, voir la contribution de Jamie A. Williamson: «Some considerations on command responsibility and criminal liability», *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N° 870, juin 2008, pp. 303-317.

16 CICR, *Commentaires des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, CICR, 1986, notamment au par. 3544.

particulier du conflit armé qui a fait basculer dans la criminalité plusieurs d'entre eux. C'est aussi sur eux que se fonderont les efforts de reconstruction sociale dans la période suivant le conflit. Dans ce contexte, le caractère pédagogique et didactique de la sanction prend toute son importance. Elle doit en effet correctement détailler la connexion qui existe entre le crime reproché et la personne concernée, de manière à ce que cette dernière n'ait d'autre choix que de s'y reconnaître. Une sanction qui n'expliquerait pas suffisamment en quoi la participation de l'individu concerné est blâmable ou laisserait entendre que sa responsabilité n'est engagée qu'en raison d'une association éloignée avec le crime¹⁷ risque malheureusement de faire naître un phénomène de rejet de l'ensemble du processus et est susceptible de fomenter des sentiments de rancœur qui seront inévitablement transmis aux générations futures, reproduisant de ce fait précisément ce que la sanction vise à prévenir¹⁸.

Cette approche binaire fondée sur l'opposition supérieur-subordonné ne prend pas assez en considération non plus le rôle des instigateurs dans la préparation de l'environnement propice à la violation du droit international humanitaire. À cet égard, il faut se féliciter du fait que le statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda reprenne les dispositions déjà incluses en 1948 dans la Convention sur le génocide qui rendent punissables l'incitation directe et publique à commettre un génocide et que ce Tribunal n'a pas hésité à les appliquer. Il n'y aurait du reste pas de raison qui s'oppose à étendre cette forme de participation criminelle pour les autres crimes internationaux, vu la place que prennent les instigateurs qui, en martelant leurs discours, contribuent à la diabolisation de l'adversaire et à la justification des crimes qui sont commis à son encontre, tel qu'explicité ci-dessous.

Enfin, il reste aussi l'importance pour une bonne justice de couvrir l'ensemble de ceux qui peuvent commettre des violations du droit humanitaire. Le cas particulier des forces de l'Organisation des Nations Unies ou d'Organisations régionales doit continuer de faire l'objet d'investigations même si beaucoup de travaux sont entrepris à cet égard. La récente résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies sur la responsabilité des fonctionnaires des Nations Unies et des experts en mission qui recommande de prévoir, dans la législation nationale, des dispositions pénales particulières pour les contingents des pays qui composent les forces de l'ONU mérite d'être soulignée et prise en compte par tous ceux qui participent et soutiennent le processus de mise en œuvre des obligations internationales au niveau national¹⁹. Au-delà, les Nations Unies et les organisations régionales compétentes devraient également s'appliquer à

17 Une attention particulière devrait ici être portée aux cas où l'on a recours à la notion d'« entreprise criminelle commune ».

18 Il faut aussi noter que le processus auquel est soumise la personne condamnée doit, pour espérer pouvoir produire les effets discutés, couvrir également les mécanismes permettant de moduler la peine en fonction de l'individu ainsi que la situation à laquelle cette personne devra faire face une fois la peine purgée.

19 Voir notamment doc. off. AGNU A/RES/62/63 (8 janvier 2008), notamment les par. 2 et 3 du dispositif.

elles-mêmes les critères les plus sévères en la matière et notamment envisager mettre en place un système disciplinaire commun qui serait à même de répondre au besoin de célérité et d'immédiateté exigé par la sanction²⁰. Ces Organisations devraient également veiller à la formation appropriée de leurs cadres et assurer à tous les niveaux la répercussion des connaissances. Dans ce contexte, la question de l'imputabilité des compagnies privées de sécurité et de leurs membres mériterait aussi d'être abordée.

Groupes armés²¹

Etant entendu que les sanctions devraient produire les mêmes effets sur des personnes placées dans des circonstances similaires, dans quelle mesure peuvent-elles atteindre les parties dissidentes de conflits armés non internationaux? On exclut d'emblée les sanctions qui pourraient être imposées par les autorités contre les membres de factions armées pour le seul fait d'avoir participé aux hostilités, sans que cette participation n'implique des violations du droit humanitaire²². Ce qui retient ici l'attention c'est la mesure dans laquelle le discours de la sanction peut être intégré dans la logique des groupes armés et contribuer à un meilleur respect du droit humanitaire.

La diffusion de la norme à l'égard des groupes armés constitue un point clef non seulement de leur sensibilisation à la sanction mais également de leur adhésion au processus. L'accès plus difficile à ces groupes et leurs structures souvent peu claires peuvent rendre la mise en œuvre du droit international humanitaire aléatoire. En matière de sanction, le message doit être clairement diffusé: les membres des groupes armés, ceux des autres groupes participant au conflit ainsi que les membres des forces gouvernementales ou de groupes rattachés à celles-ci devront tous répondre des exactions commises. C'est du reste l'approche retenue par la Cour pénale internationale dont les crimes visent toute personne physique, y compris les acteurs non étatiques. En outre, ce message devrait posséder une double connotation. D'une part, il devrait permettre de prévenir les auteurs d'exactions potentielles qu'ils encourent le risque que des mesures soient prises à leur encontre et que le conflit ne sera pas une excuse.

20 Sur cette question, E. Decaux ajoute avec justesse qu'un tel système doit être fondé sur les principes de subsidiarité et *non bis in idem*, note 2 ci-dessus.

21 Le CICR s'intéresse particulièrement à la question du respect du droit international humanitaire par les groupes armés et a identifié une série d'outils utiles à cet égard : voir notamment l'annexe 3 du rapport intitulé «le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains» présenté à la XXX^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (doc. 301C/07/8.4). Ce document est disponible à l'adresse suivante: [http://www.icrc.org/web/fr/sitefre0.nsf/htmlall/ihl-30-international-conference-101207/\\$File/301C_8-4_IHLchallenges_Report&Annexes_FRA_FINAL.pdf](http://www.icrc.org/web/fr/sitefre0.nsf/htmlall/ihl-30-international-conference-101207/$File/301C_8-4_IHLchallenges_Report&Annexes_FRA_FINAL.pdf). Voir également la contribution de Carolin Wuerzner et de la soussignée sur cette question, «Armed groups, sanctions and the implementation of international humanitarian law», *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N° 870, juin 2008, pp. 327-341.

22 Voir Protocole II, art. 6(5) qui prévoit au contraire que, à la cessation des hostilités, les autorités au pouvoir s'efforceront d'accorder la plus grande amnistie possible aux personnes qui auront pris part au conflit.

D'autre part, il permet également de souligner que tout le monde sera logé à la même enseigne, réaffirmant le principe d'égalité. Les experts ont du reste observé que le CICR peut jouer à l'égard des groupes armés un rôle particulier en la matière. Il lui incombe, dans la mesure où il a accès à ces groupes, de tenir un discours clair sur la sanction et l'importance de punir toute violation grave du droit international humanitaire. La diffusion de la règle ne suffit pas ; il faut également que le discours porte sur les modalités du respect ainsi que sur les mécanismes à mettre en œuvre en cas de violation, mécanismes qui doivent, dans tous les cas, respecter les principes d'une justice équitable.

Différents facteurs influencent le rôle que joue la sanction sur le comportement des groupes armés. L'ampleur du groupe, l'intensité et la durée du contrôle exercé sur un territoire sont des facteurs dont dépend la mise en place d'institutions similaires à celles que les États ont l'obligation d'établir. L'existence d'une chaîne de commandement claire demeure par ailleurs essentielle tant pour ce qui est de véhiculer des normes qui soient conformes au droit humanitaire et former les troupes en la matière que pour ce qui est de mettre fin aux comportements qui s'en éloigneraient et de les sanctionner. Enfin, les buts poursuivis par le groupe armé peuvent aussi influencer la place qui est réservée à la sanction dans la logique du groupe. Par exemple, l'importance de la reconnaissance par la communauté internationale du groupe armé peut exercer une influence positive déterminante puisqu'elle pourrait les inciter à démontrer leur respect du droit et leur capacité à marquer et réprimer ce qui est interdit, ce qui, du même coup, pourrait contribuer à rehausser leur image. Au contraire, on peut imaginer que les effets de la sanction seront négligeables sur un groupe armé dont l'objectif premier est la déstabilisation et la volonté de briser, en d'autres termes, tout élément de normalisation. Si le groupe lutte contre un régime raciste ou oppresseur, il adhérera plus facilement à certaines valeurs que si son objectif premier est la remise en cause de ces valeurs et le rejet du système sur lequel elles reposent. L'importance attachée par le groupe de la première catégorie à l'image qu'il projette dans la communauté internationale peut exercer une influence positive sur sa volonté de démontrer son souci de respecter ces valeurs et sa capacité de réprimer leur transgression.

Il est toutefois évident que, dans ce domaine, des investigations approfondies doivent encore être réalisées sur la manière dont la justice pourrait être rendue par les parties dissidentes de conflits armés non internationaux ainsi que sur l'adaptation, si nécessaire, des principes d'une bonne justice, dans ces situations qui sont, par nature, instables et qui se veulent transitoires. Le droit international humanitaire ne semble pas exclure, *a priori*, que des procédures pénales soient initiées par les groupes armés. Il insiste plutôt sur l'importance de la constitution régulière de ces tribunaux, sur leur caractère indépendant et impartial et sur le fait qu'ils doivent assurer toutes les garanties judiciaires reconnues²³. À cet égard, il semble important et nécessaire de mener des travaux

23 Voir, à cet effet, notamment, l'article 3 commun aux Conventions de Genève et le paragraphe 2 de l'article 6 du Protocole additionnel II.

aux fins de mieux mettre en lumière les garanties procédurales indispensables à une bonne justice pénale et assurer leur concrétisation et respect. Si aucune mesure n'est prise par les parties concernées contre les membres des groupes armés qui ont commis des violations du droit humanitaire, cette asymétrie dans l'application de la sanction ne peut être que génératrice d'un sentiment d'injustice et d'impunité qui vient malheureusement annuler tout effet positif de la sanction. Il est donc important de rechercher des mécanismes assurant sur une même base la répression de toute personne qui viole le droit international humanitaire, quelle que soit son allégeance.

Groupe et sanction

Le rôle du groupe sur le comportement du combattant a été abondamment traité dans l'Étude d'influence. Par exemple, elle relève que de nombreux travaux de recherche réalisés au cours des dernières décennies ont démontré que les combattants sont influencés bien souvent non par idéologie, haine ou peur mais plutôt par la pression du groupe et la peur d'être rejeté – voire puni – par ce dernier. L'Étude d'influence souligne dès lors l'importance de comprendre les dynamiques des groupes de référence²⁴. En termes militaires, on se réfère notamment à l'esprit de camaraderie de l'unité militaire à laquelle on appartient et qui produit une solidarité tant verticale qu'horizontale. Dans ce contexte, l'obéissance à l'autorité prend toute son importance. Un dirigeant de la FORPRONU, présent lors du siège de Sarajevo en 1995, a observé lors de la réunion interrégionale tenue par le CICR sur la question du rôle de la sanction, que l'exercice de l'autorité n'est pas l'imposition d'une discipline féroce. C'est plutôt une alchimie subtile qui se crée dans une confiance absolue entre le chef et ses subordonnés et qui repose sur la compétence du chef bien sûr, sur son autorité, mais aussi sur l'attention bienveillante qu'il témoigne à chacun de ses hommes, avec une composante affective très forte²⁵. On notera l'ambivalence manifeste de ses propos et la possibilité que cette dynamique soit pour le meilleur ou pour le pire. D'où l'importance de faire concilier les principes et règles que promeut l'autorité avec le droit international humanitaire de telle sorte que la pression du groupe et l'autorité s'exercent de manière positive sur l'individu. Il faut tout faire pour éviter que la pression du groupe ne s'exerce dans un sens favorable à la commission de violations graves. Dans une telle hypothèse, une spirale de violence risque de s'enclencher, accroissant, de façon souvent irréversible,

24 L'Étude d'influence porte une attention toute particulière aux mécanismes de désengagement moral et de déshumanisation : voir notamment le Chapitre 11 de « *Origine du comportement dans la guerre : révision de la littérature* » qui traite abondamment de ces questions. Se référer aussi à « *Origine du comportement dans la guerre* », *op. cit.*

25 Se référer, à cet égard, à l'allocation de Jean-René Bachelet, Général (2^e Son), France, « Address by General Jean-René Bachelet », *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N^o 870, juin 2008, pp. 211-219.

la fracture initiale entre les comportements répréhensibles des membres du groupe et le respect de la règle²⁶.

Or, pour que les troupes respectent les règles et principes du droit humanitaire dans les situations de violence exacerbée que sont les conflits armés, elles doivent faire l'objet de formation appropriée en la matière. Les troupes doivent être soumises à un entraînement leur permettant de pleinement intérioriser les règles et principes du droit humanitaire, tout comme les autres obligations liées au service, jusqu'à devenir un réflexe. Le porteur d'armes ne doit pas avoir à peser le pour et le contre dans le feu de l'action et ses réactions instinctives doivent être conformes au droit²⁷.

La sanction doit aussi faire partie de ce processus et doit, en tout premier lieu, être cohérente avec les règles existantes dans la société ou le groupe concerné, puisque tant qu'il y aura une légitimation des crimes en leur sein, elle demeurera vaine. L'idée du respect nécessaire de la loi, et par conséquent de la sanction, doit aussi faire partie de la formation, de telle sorte que si le porteur d'armes ne respecte pas la règle, il sache qu'il sera puni. À cet égard, il semble approprié que les corps armés développent des codes de conduite qui incluent des règles simples qui intègrent de manière pratique les comportements que doit générer le respect des principes du droit humanitaire, y compris pour ce qui est des conséquences qui sont rattachées à leur non-respect. On ne saurait que trop réprouver les cultures militaires (ou toute culture en général) qui font de la haine de l'adversaire un des fondements de la formation militaire²⁸. De telles attitudes sont fondamentalement contraires à toute la philosophie du droit international humanitaire et en ébranlent les fondements mêmes. La régression dans le respect des principes d'humanité résulte souvent de la diabolisation ou de la déshumanisation de l'adversaire ou de politiques qui visent à ostraciser « l'Autre ».

Sur ce dernier point, le poids du groupe ne doit pas non plus être sous-estimé dans cette construction que l'on fait de l'ennemi. Avant que le conflit ne commence, le groupe peut être amené à jouer un rôle déterminant dans la conscience qu'il transmet à ses membres d'appartenir à un ensemble tout en stigmatisant la non-appartenance – à quelque degré que ce soit – des autres qui sont alors conçus comme des « a-normaux ». Dans ce schéma, la « normativité » rejoint la « normalité » ce qui se traduit par la construction de nouvelles règles sociales mettant à l'écart celles et ceux qui sont « a-normaux », c'est-à-dire font partie d'un autre groupe créé pour la circonstance. Il devient alors très facile lorsque le conflit armé est déclenché de cibler les groupes « autres », en se fondant sur leur statut particulier (de minorité créée) et leur absence de normalité

26 Voir la contribution de Amedeo Cottino qui traite notamment de la question de la responsabilité de l'entité collective qui n'a pas été approfondie dans ce rapport mais dont l'importance ne doit pas être sous-estimée (note 4 ci-dessus).

27 Voir la contribution de Emmanuel Castano, Bernhard Leidner et Patrycja Slawuta qui porte sur l'influence du groupe, « Social identification processes, group dynamics and the behaviour of combatants », *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N° 870, juin 2008, pp. 259-271.

28 Voir notamment à cet égard : M. Yakovleff, « Fondement du moral et de l'éthique dans les armées : des différences révélatrices entre proches alliés », *Inflexions*, 2007, N° 6, pp. 151-176.

au sens où ce terme est nouvellement entendu. Cette mise hors normes présente l'avantage de justifier le traitement discriminatoire réservé aux groupes créés et permet surtout aux membres du groupe dominant de trouver une justification à leur action en la considérant comme normale et conforme aux nouvelles règles établies. Ainsi, se crée une politique de la justification des atteintes et permet une acceptation des violations sans que la question de leur conformité aux règles du droit international humanitaire soit même posée.

On constate ainsi une forme de transfert du cadre et des valeurs de référence qui amène les auteurs de violations non seulement à accepter, mais à considérer comme « normaux » des actes qu'ils auraient condamnés sans réserve quelques années auparavant. Ce transfert de normalité explique que la menace d'une sanction est non seulement improbable dans l'esprit du groupe mais que de surcroît, ils se sentent protégés par les nouvelles règles auxquelles ses membres ont adhéré.

On remarquera également que ce type d'attitude peut être différencié en fonction des cercles d'influence. Cela signifie que la normalité n'est pas nécessairement la même au sein d'une société et chez les porteurs d'armes qui peuvent accepter plus facilement certaines violations du droit international humanitaire en estimant que la perception de leur environnement n'est pas nécessairement la même que celle du simple citoyen et que la défense de leur cause justifie de telles violations. Cette dernière peut même être différenciée au sein d'un même groupe armé en fonction des activités et responsabilités diverses des membres du groupe. À chaque cercle d'influence et de décision peut correspondre une perception différenciée de la normalité²⁹.

Il est donc nécessaire de casser cette dynamique de groupe qui conduit à la banalisation des violations en insistant sur le fait que la sanction n'est pas négociable et en rappelant qu'il ne s'agit pas d'une éventualité mais d'une certitude et que des comptes devront être rendus.

Justice transitionnelle

Replacer la sanction prévue au regard du droit humanitaire dans le contexte de la réflexion portant sur la justice transitionnelle, c'est reconnaître que, prise isolément, elle est souvent insuffisante, voire inefficace. C'est aussi accepter, du même coup, que le droit humanitaire n'exclut pas le recours à des solutions complémentaires plus à même de prendre en considération le caractère massif ou systématique des violations qui ont été commises dans le contexte de conflits armés, ou encore les particularités contextuelles ainsi que les attentes des populations ou individus concernés.

29 Pour une discussion portant sur l'existence de différentes dynamiques qui peuvent exister en parallèle, avec un accent sur le local, voir la contribution de Samuel Tanner, « The mass crimes in the former Yugoslavia: participation, punishment and prevention? », *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N° 870, juin 2008, pp. 273-287.

Positionner de la sorte le droit humanitaire permet la dynamisation de son respect et de sa mise en œuvre en les replaçant dans la continuité de la justice qui, lorsque des violations massives ont été commises, s'inscrit sur des décennies, prend des formes variables qui vont de la quête de la vérité à la réparation en passant par la mémoire et exige des mécanismes adaptés à ces fins. Cette approche intégrée fondée sur le pragmatisme permet de saisir toutes les fenêtres d'opportunité en espérant déclencher une sorte de dynamique salutaire au niveau de la société et des individus concernés : le pire, lorsque le tissu social a été profondément blessé, c'est qu'il n'y ait rien. On accepte dès lors que la justice transitionnelle soit complémentaire à la justice pénale et qu'elle puisse aider à reconstruire une société et les individus qui la composent et aussi à écrire une histoire cohérente, authentique et honnête. Toutefois, on ne saurait transiger sur le fait que les violations graves doivent être sanctionnées pénalement pour marquer que les interdits sont absolus et ne souffrent pas de dérogation, même si, dans la réalité contextuelle, cette approche peut se heurter à celles visant à promouvoir la paix et qui sont fondées sur des mécanismes d'oubli et d'amnistie³⁰. Il faut aussi être conscient du risque de manipulation des mesures de justice transitionnelle lorsqu'elles sont utilisées dans le cadre de politiques d'impunité déguisée³¹.

La justice transitionnelle déplace l'attention du crime et place la victime au cœur du processus. Ses mécanismes sont eux aussi complémentaires et peuvent être déclinés à la lumière des objectifs poursuivis : « recherche de la vérité », « réparation », « répression » et enfin « sanction », dans le cadre de l'objectif général et premier de la réconciliation. La réforme des institutions est un préalable souvent nécessaire à la mise en œuvre effective et efficace des mécanismes de justice transitionnelle. Elle intègre les initiatives propres à la justice réparatrice où l'on considère que le crime a provoqué une blessure qu'il faut soigner. Sous cet angle, la question de la réparation doit prendre la place qui lui revient puisque, si l'on veut que la sanction produise un effet préventif, il faut porter l'attention nécessaire à la réparation des victimes. En effet, il ne peut y avoir de justice sans justice sociale et il ne peut y avoir non plus de justice sociale ou de retour à une coexistence pacifique lorsqu'une large part de la population est laissée dans la souffrance. Ceci permet aussi le passage de l'échelle individuelle – face à face dans le contexte d'une procédure pénale – à une échelle plus collective, permettant de mieux prendre en compte le principe d'égalité de traitement. Ces réparations intègrent les aspects classiques de la responsabilité mais les dépassent en incluant des réparations qui se situent en dehors des obligations juridiques traditionnelles, fondées sur la responsabilité

30 Le danger de conditionner un acte de justice à des impératifs politiques a été souligné par E. Sottas dans sa contribution, « Transitional justice and sanctions », *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N° 870, juin pp. 371-398.

31 *Ibid.* Voir aussi la contribution de Pierre Hazan qui analyse un exemple de commission vérité réconciliation où la composante responsabilité et répression a été ignorée, « The nature of sanctions: the case of Morocco's Equity and Reconciliation Commission », *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N° 870, juin 2008, pp. 399-407.

individuelle. Il paraît d'ores et déjà que c'est une grave erreur de lier étroitement la réparation à une condamnation pénale, d'autant plus dans une situation où seule une petite minorité des coupables est finalement condamnée.

Les réparations peuvent prendre différentes formes, être de nature pécuniaire ou non, ou encore être octroyées sur une base collective ou individuelle. Les réparations peuvent également intégrer des politiques publiques en faveur des victimes ou de leurs ayants droit en matière d'accès aux services publics et d'égalité des chances. Elles couvrent aussi des mesures de réhabilitation et de réinsertion ainsi que d'autres plus symboliques – telles que des excuses officielles, des garanties de non-répétition, la construction de mémoriaux ou la tenue de cérémonies commémoratives – mais auxquelles les victimes sont particulièrement attachées³².

Victimes

Nul ne saurait nier l'importance du rôle de la victime dans le processus de la sanction. Les réflexions portent surtout sur sa définition et sa portée ainsi que sur les moyens dont disposent les victimes pour faire entendre leur voix³³.

En effet, un grand nombre de personnes peuvent être touchées directement ou indirectement de diverses manières par les violations du droit humanitaire. Cela oblige à s'attarder sur les types de violations dont elles ont été l'objet. Le rôle et la place des victimes dans le processus de la sanction peuvent se décliner de différentes manières. Ils sont en effet tributaires de la nature de la mesure que les victimes privilégient en fonction des circonstances, en sachant qu'il peut y avoir des mesures qui ne sont ni pénales ni disciplinaires mais qui peuvent être considérées comme efficaces par les personnes concernées. Par exemple, « le droit de savoir », reconnu par le droit humanitaire et qui ne se décline pas seulement en termes de répression, octroie aux victimes, qui sont les membres de la famille des disparus, le droit d'obtenir des informations sur le sort de leurs proches et, de ce fait, procède à une reconnaissance officielle des violations dont elles ont été l'objet.

La variété des mesures qui peuvent être imaginées n'enlève rien à l'importance du procès pénal pour les victimes qui, à travers le prononcé du jugement, marque l'interdit et leur octroie une forme de réparation symbolique. Nul ne conteste le fait que les victimes doivent avoir accès à la procédure pénale, si ce n'est en qualité de témoins, en règle générale dans le cadre de l'accusation, en particulier comme partie civile dans les pays qui connaissent cette institution. La question

32 Pour une discussion plus élaborée sur la justice transitionnelle et les composantes qu'elle comporte, voir notamment Anne-Marie La Rosa et Xavier Philippe, « La justice transitionnelle », in *Lexique pratique-bilingue sur la consolidation de la paix et la reconstruction post-confliktuelle*, Cambridge, University Press, 2008 (sous presse).

33 La contribution de Christian-Nils Robert, Mina Rauschenbach et Damien Scalia approfondit la question de la participation et des attentes des victimes dans le processus pénal, y compris au niveau international: « Victims and international criminal justice: a vexed question? », *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N° 870, juin 2008, pp. 441-459.

aujourd'hui est plutôt de déterminer à quels stades (enquête, procès, peine) et sous quelles formes la procédure pénale leur est ouverte³⁴. Dans tous les cas, il faut éviter de créer des attentes irréalistes à travers le processus d'implication des victimes. La recherche de la vérité judiciaire qui est délimitée en fonction des objectifs du procès ne répond pas toujours à la volonté des victimes de raconter leurs histoires qui contribueront à former une réalité plus englobante. Il faut être attentif à ce que la revendication tout à fait légitime d'une justice au service des victimes ne pervertisse la manière dont la justice est rendue et ne nuise à sa sérénité, à son intégrité et à son impartialité. D'un autre côté, il ne faudrait pas non plus que les prérogatives liées à la nécessité de prononcer un jugement dans un délai raisonnable ne viennent pervertir l'enquête judiciaire en privilégiant des procédés de négociation sur les charges, la culpabilité ou la peine (*plea bargaining*) au travers desquels toute vérité est obscurcie. Pour que ces procédés de justice consensuelle produisent les effets désirés, ils doivent être entrepris dans un cadre précis et laisser aux juges toute la discrétion pour rejeter les accords conclus entre la Poursuite et la Défense, s'ils ne sont pas intimement convaincus que les faits, tels que présentés, représentent la réalité. En outre, ces processus doivent obligatoirement être accompagnés de garanties minimales qui permettent d'assurer leur caractère spontané et l'expression de sincères remords et soient l'occasion d'exprimer des excuses aux victimes.

Il est aussi impératif de prendre mieux en compte dans le processus pénal le problème de la victime qui doit témoigner ainsi que la souffrance et le risque que cela peut représenter pour elle, en insistant sur la cohérence qui doit régner au sein d'une même procédure judiciaire par rapport à différentes affaires et aussi entre les différentes instances internationales et nationales. On n'insistera jamais suffisamment sur l'importance que les juges et conseils, y compris nationaux, soient justement formés sur la manière de mener les interrogatoires et en particulier les contre-interrogatoires, aux fins de préserver toute l'intégrité des personnes interrogées qui ont, dans bien des cas, été victimes des crimes pour lesquels l'accusé est jugé. Dans ce contexte une attention particulière doit être portée aux victimes de violences sexuelles.

Enfin, il semble de manière à peu près unanime que la participation des victimes dans le procès pénal n'inclut pas le stade de la détermination de la peine, qui devrait être laissé à l'organe judiciaire compétent.

Conclusion – Lignes directrices sur la sanction

La multiplicité des facteurs influençant la définition et la mise en œuvre de la sanction explique toute la difficulté que celle-ci, si elle est prise isolément, permette de modifier durablement des comportements.

En s'interrogeant sur les raisons concrètes de l'ineffectivité de la sanction et sur les facteurs de sa remise en cause, la réflexion a tenté de scruter un ensemble

34 Pour une présentation critique des mécanismes de participation des victimes devant la Cour pénale internationale, voir la contribution de E. Baumgartner, dans ce numéro. *Infra*.

dont les qualités sont loin d'être maximisées tant pour les acteurs des conflits que pour les observateurs externes. La réflexion a porté sur le renforcement du cadre existant mais également l'examen de solutions complémentaires de renforcement visant à redonner à la sanction une place qu'elle n'a pas aujourd'hui. Elle se conclut par la présentation d'éléments qui pourraient aujourd'hui améliorer concrètement l'efficacité de la sanction dans les efforts déployés par toutes les parties pour assurer un meilleur respect du droit international humanitaire. Ils sont résumés ci-dessous et incluent des éléments conditionnant l'efficacité de la sanction, ceux propres à la sanction des violations du droit humanitaire ou encore aux acteurs.

Éléments conditionnant l'efficacité de la sanction

1. Tout discours sur la sanction des violations du droit international humanitaire doit impérativement s'accompagner de mesures visant à améliorer l'adhésion à ces normes et leur respect.

- Les mesures nécessaires doivent être prises par toutes les parties concernées pour que les normes et les sanctions qui s'y appliquent soient intégrées dans leur système de référence, qu'elles soient connues et dûment appliquées.
- Au niveau national les juges doivent être formés en droit international humanitaire et ils doivent participer au processus d'interprétation et d'éclaircissement de cette branche du droit, en tenant compte notamment des travaux entrepris à cet égard au niveau international.
- Un effort de rationalisation doit être entrepris pour assurer une meilleure efficacité de la sanction qui doit porter tant sur les textes dans lesquels sont incluses les incriminations que sur les juridictions compétentes.
- Les États devraient être encouragés à assurer une similitude des garanties, voire des procédures, devant les juridictions chargées du traitement des violations du droit international humanitaire.

2. Pour faire jouer efficacement à la sanction son rôle préventif, les auteurs potentiels de violations du droit international humanitaire doivent être informés de manière approfondie sur les différents types de sanctions et sur les modalités de leur application.

- À ce niveau, l'éducation doit permettre aux individus de clairement identifier ce qui est permis et ce qui ne l'est pas.
- Cette éducation doit être assurée aussi auprès de tous ceux qui ont un rôle à jouer dans l'application du droit international humanitaire, quel que soit leur groupe d'appartenance, y compris auprès de ceux qui agissent sous mandat des Nations Unies et des organisations régionales compétentes.
- Les principes et règles que promeut l'autorité doivent être conformes aux exigences du droit international humanitaire.
- Il faut exclure de la formation tout élément fondé sur la haine de l'adversaire.

3. Il faut intégrer la formation et l'éducation au droit humanitaire comme des mécanismes incontournables, entraînant de véritables réflexes, notamment chez les porteurs d'armes.

- L'information sur la sanction doit faire comprendre le caractère *a priori* répréhensible du comportement sanctionné.
- L'efficacité de la sanction et son caractère dissuasif dépendent du degré d'intériorisation de la norme sanctionnée par les porteurs d'armes.
- Cette intériorisation doit viser à provoquer chez les porteurs d'armes de véritables réflexes conduisant au respect de la norme.

Éléments propres à la sanction des violations du droit humanitaire

4. La conception de la sanction doit intégrer la prévention du renouvellement du crime et reposer sur une approche pragmatique et réaliste.

- La sanction doit être conçue tant dans sa définition, sa procédure que dans sa mise en œuvre de telle façon qu'elle puisse permettre de prévenir le renouvellement des crimes.
- Une approche pragmatique et réaliste consiste à rechercher les opportunités, facteurs et conditions, tout en tenant compte des moyens, qui conduisent à éviter que le crime ne se produise ou qu'il ne se répète. Elle doit répondre au double défi d'être à la fois conforme aux règles et principes du droit international général et humanitaire tout en restant proche des exigences contingentes du cadre national.
- La sanction ne peut être définie *in abstracto* mais doit l'être dans son rapport à la notion de justice ; dans ce contexte, il faut reconnaître le caractère complémentaire de la justice transitionnelle.
- Cette approche pragmatique et réaliste, qui comporte un certain effort de rationalisation, devrait également pouvoir fournir des lignes directrices pour l'exercice de la compétence universelle qui tirent profit des travaux déjà entrepris en la matière et sont fondées notamment sur un possible lien qui devrait exister entre l'auteur de l'infraction et le lieu du procès ainsi que sur les modalités de coopération entre les États concernés.

5. La sanction pénale reste l'axe incontournable et primordial du traitement de toute violation grave du droit humanitaire.

- La sanction doit contribuer au renforcement de la norme et des valeurs universelles fondamentales qui la sous-tendent.
- La sanction pénale privative de liberté physique doit rester l'élément central du « discours » sur les violations graves du droit international humanitaire.
- La sanction pénale ne peut être envisagée dans sa seule dimension de peine privative de liberté. Elle doit être perçue en termes d'efficacité au regard du contexte, c'est-à-dire de l'ensemble des éléments permettant un meilleur impact de la sanction sur l'individu auxquels elle s'applique et

sur la société dont il est le tissu, en tenant notamment compte du facteur culturel.

6. La sanction des violations du droit humanitaire doit présenter des caractéristiques communes et incontournables indépendamment des circonstances.

- La sanction doit présenter un caractère de certitude pour l’auteur des violations, c’est-à-dire un caractère d’automaticité quel que soit l’auteur. C’est l’idée que chaque auteur de la violation sache qu’il y a un prix à payer.
- Pour être efficace, la sanction doit intervenir le plus rapidement possible après la commission de l’acte (critère de célérité). Il faut qu’une première réaction tombe sans délai, que ce soit par la combinaison de mesures disciplinaires et de mesures judiciaires.
- La sanction devrait être mise en œuvre en respectant le principe d’égalité sous toutes ses facettes. Elle doit conduire à traiter tous les auteurs indistinctement, quel que soit leur groupe d’appartenance.
- La sanction devrait être prononcée le plus près des lieux où le crime a été commis et de ceux sur lesquels elle doit produire ses effets. Dans ce contexte, la justice internationale doit viser à renforcer les capacités nationales et ne constituer, en tout état de cause, qu’un processus transitoire ou complémentaire. La délocalisation ne devrait être envisagée qu’en tout dernier ressort et devrait obligatoirement être accompagnée d’un mécanisme de sensibilisation locale.

7. Outre la gravité du crime, d’autres éléments doivent être pris en compte dans le choix de la sanction, notamment ceux liés au contexte et aux caractéristiques personnelles de l’auteur (individualisation).

- La proportionnalité de la sanction par rapport à la gravité des crimes est indispensable pour éviter de générer incompréhension et ressentiment tant pour les victimes que pour les auteurs. Elle constitue une garantie pour toutes les parties.
- Le juge pénal doit adopter une démarche synthétique le conduisant à tenir compte de l’intégralité de l’environnement ayant conduit à la commission de l’acte répréhensible
- Le principe de proportionnalité implique dès lors l’appréciation de rapports complexes entre plusieurs variables, que doit apprécier le juge dans le but d’éviter en tout cas une absence de proportion.
- La sanction doit prendre en considération la personnalité propre de chaque auteur impliquant un traitement individualisé de chaque violation.

8. Pour jouer efficacement son rôle de prévention dans la société concernée, la sanction doit être rendue publique et faire l’objet de mesures de diffusion appropriées.

- L’efficacité de la sanction est liée à sa rapidité et à sa publicité tant à l’égard de l’auteur qu’à l’égard du groupe.

- L'obligation de diffusion est fondamentale car c'est à travers elle que les gens sont informés et éduqués sur ce qui constitue une violation grave et des conséquences qu'elle entraîne.
- La clarté de la règle et du message qui l'accompagne est indispensable pour leur efficacité. Le message doit couvrir le raisonnement qui a conduit à la sanction et qui justifie le choix de celle-ci. Il doit aussi porter sur tout le processus qui aboutit au prononcé de la sanction.

9. Les divers mécanismes de sanction (pénale ou non) doivent viser à se renforcer mutuellement en vue d'une effectivité optimale de l'ensemble du processus.

- Ces mécanismes devraient reposer sur des règles claires, précisant les critères à respecter en termes d'impartialité, d'indépendance, de publicité et de conformité aux normes garantissant une procédure équitable, y compris dans le prononcé de la peine.
- La multiplication des sources de sanction (juridictionnelle, non juridictionnelle, disciplinaire, traditionnelle ou autres) doit donner lieu à une répartition des compétences claire entre les organes.
- Ceci est d'autant plus important dans les systèmes où se combinent mesures disciplinaires et juridictionnelles. La complémentarité devrait privilégier l'efficacité et les mécanismes ne devraient pas faire double emploi.
- Dans cet esprit, les mécanismes de justice traditionnelle devraient aussi être explorés, tout en assurant le respect des critères mentionnés ci-dessus.

Éléments relatifs aux acteurs

10. La sanction doit mener à la reconnaissance par les auteurs de leur responsabilité dans la violation du droit humanitaire et contribuer ainsi à permettre à la société, dans son ensemble, de prendre conscience de la portée de certains événements qui l'ont touchée.

- Au minimum, le processus mis en place devrait assurer que l'auteur n'ait d'autre choix que d'accepter sa responsabilité et que la sanction corresponde au degré de sa responsabilité dans les violations commises.
- Ce processus doit, dans la mesure du possible et au-delà de ce qui est mentionné ci-dessus, permettre à l'auteur des violations de faire preuve de regret et lui donner la possibilité de demander pardon.

11. Les subordonnés doivent être mis en position de comprendre la portée de leurs actes et d'en assumer la responsabilité.

- Il faut développer des codes de conduite qui incluent des règles simples qui intègrent de manière pratique les comportements que doit générer le

- respect des principes et règles du droit humanitaire, y compris pour ce qui est des conséquences qui sont rattachées à leur non-respect.
- Les individus doivent également être informés de leurs droits et obligations à l'égard d'un ordre qui serait *a priori* ou manifestement illégal et des conséquences qui en découlent.
 - Il faut développer des mécanismes opérationnels qui permettent aux subordonnés d'obtenir des clarifications pour ce qui est des ordres qu'ils reçoivent, lorsqu'ils estiment notamment que l'ordre est imprécis ou manifestement illégal.
 - Les subordonnés ne peuvent s'abriter derrière l'ordre reçu pour s'exonérer de leur responsabilité.
12. La sanction doit viser en priorité les dirigeants à l'origine des crimes de masse.
- La sanction ne doit pas exclusivement être liée au caractère direct de l'implication dans la commission de la violation, mais tenir compte aussi du degré de responsabilité en relation avec l'ordre donné.
 - La responsabilité des dirigeants et des supérieurs militaires et civils ne se limite pas aux ordres donnés mais inclut également le laxisme dans le contrôle et les lacunes dans la formation.
 - D'un point de vue opérationnel, il est primordial que soit clairement établie la chaîne de commandement et les mesures qui peuvent être raisonnablement attendues à chaque palier de celle-ci.
13. Le rôle des instigateurs doit être précisément évalué et donner lieu à l'engagement proportionnel de leur responsabilité.
- La responsabilité des instigateurs dans la préparation de l'environnement propice à la violation du droit international humanitaire en contribuant notamment à la diabolisation de l'adversaire et à la justification des crimes qui sont commis à son encontre doit être clairement reconnue.
14. En vue d'atteindre son but, le processus de la sanction dans son ensemble doit veiller à ce que les victimes y adhèrent et tenir compte à cet effet des considérations propres à la justice sociale.
- La sanction de l'auteur ne peut se faire sans une quête de vérité préalable (pas de condamnation reposant sur des preuves insuffisantes ou un raisonnement par analogie) et sans réponses apportées aux victimes en termes de réparation.
 - La participation des victimes et de la société en général dans le processus de justice permettra de le crédibiliser et d'adapter le système à chaque contexte.
 - La justice transitionnelle centrée sur la victime permet d'élargir le cadre de la sanction classique en y intégrant d'autres aspects qui ne doivent cependant pas se confondre avec son noyau dur original.

- Il faut reconnaître un rôle de la victime dans la justice pénale mais qui ne doit pas aller jusqu'à sa participation dans la détermination du *quantum* de la peine.

Groupes armés, sanctions et mise en œuvre du droit international humanitaire

Anne-Marie La Rosa et Carolin Wuerzner*

Dr Anne-Marie La Rosa est conseillère juridique des services consultatifs de la division juridique du CICR. Elle enseigne aussi le droit international pénal. Carolin Wuerzner a un Master of Law de l'Académie de droit international humanitaire et de droits humains de Genève et est assistante de rédaction à la Revue internationale de la Croix-Rouge.

Résumé

S'il est largement admis que le fait de punir les auteurs de violations du droit international humanitaire contribue utilement à améliorer le respect du droit, peu de recherches ont été effectuées sur l'obligation qu'ont les groupes armés d'imposer des sanctions et les moyens qu'ils ont de le faire. Dans cet article, les auteurs analysent les caractéristiques des groupes armés qui ont une influence sur la disposition et la capacité de ceux-ci à se conformer au droit international humanitaire et à punir ceux parmi leurs membres qui commettent des violations de ce droit. Elles adoptent une approche holistique face à ces sanctions et se penchent sur les différentes méthodes de punir les membres des groupes armés, notamment les sanctions disciplinaires, les sanctions pénales imposées par l'État et les sanctions pénales imposées par le groupe lui-même.

⋮⋮⋮⋮⋮

* Les opinions exprimées dans cet article sont celles de leurs auteurs et ne reflètent pas nécessairement le point de vue du CICR ou des organisations auxquelles elles sont ou étaient associées. La version anglaise de ce texte a été publiée sous le titre « Armed groups, sanctions and the implementation of international humanitarian law », *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N° 870, juin 2008, pp 327-341.

Introduction

Chaque partie à un conflit doit respecter et faire respecter le droit international humanitaire par les membres de ses forces armées, ainsi que par les autres personnes ou groupes agissant sur ses instructions ou ses directives ou sous son contrôle¹. À cet égard, le droit international humanitaire n'établit pas de distinction entre les obligations des États et celles des groupes armés concernés. De plus, l'article 3 commun aux Conventions de Genève, qui reflète les règles minima applicables à tous les conflits armés, dispose spécifiquement que les parties au conflit, sans distinction, doivent se conformer à certaines règles énoncées dans cet article².

Afin de comprendre comment les sanctions peuvent affecter le comportement des groupes armés, il faut examiner dans quelle mesure les principes qui sous-tendent le droit international humanitaire – ancrés dans les conflits armés internationaux – conviennent. Ces principes appellent une action appropriée chaque fois qu'il y a violation de la loi, notamment des mesures administratives, disciplinaires ou punitives pour mettre un terme à la violation et empêcher qu'elle ne se reproduise. Lorsque plusieurs mesures sont applicables, l'initiative et la responsabilité incombent aux groupes armés eux-mêmes. D'autres mesures relèvent d'entités autorisées et compétentes pour prendre une telle action, comme les organes judiciaires même s'il faut garder à l'esprit que ces derniers peuvent être impuissants face aux groupes armés qui cherchent à contrôler leurs propres affaires. Il est donc nécessaire de voir si ces groupes armés peuvent satisfaire aux obligations pertinentes imposées par le droit international humanitaire, notamment les mesures à prendre en cas de violations.

Pour aborder pleinement cette problématique, il convient tout d'abord d'identifier dans la constellation des groupes armés ceux qui ont les caractéristiques voulues pour que la mise en œuvre et les sanctions du droit international humanitaire produisent l'effet désiré, à savoir empêcher que des violations soient commises ou qu'elles se reproduisent. Nous nous limiterons à l'examen de la situation des groupes armés au sens usuel du terme sans y inclure les groupes qui ont été décrits comme groupes transnationaux, même si certaines

1 Article 1 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949. Voir aussi l'*Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt du 27 juin 1986, C.I.J. Recueil 1986, par. 220. La règle 139 de l'étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier confirme l'applicabilité de cette disposition aux conflits armés internationaux et non internationaux, voir Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, Bruylant, Bruxelles, 2006, Vol. 1 : règles, pp. 651-655.

2 Voir par exemple l'*Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt du 27 juin 1986, Recueil 1986, par. 218. La Cour internationale de justice a considéré que « l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 énonce certaines règles devant être appliquées dans les conflits armés ne présentant pas un caractère international. Il ne fait pas de doute que ces règles constituent aussi, en cas de conflits armés internationaux, un minimum indépendamment de celles, plus élaborées, qui viennent s'y ajouter pour de tels conflits : il s'agit de règles qui, de l'avis de la Cour, correspondent à ce qu'elle a appelé en 1949 des 'considérations élémentaires d'humanité' (Détroit de Corfou, fond, C.I.J. Recueil 1949, p. 22, par. 215) ».

des considérations présentées ci-dessous pourraient s'y appliquer³. Une fois ces groupes identifiés, nous examinerons comment ils pourraient sensibiliser leurs membres au droit international humanitaire et les former à la question. Nous passerons ensuite aux sanctions applicables en cas de non-respect et axerons notre attention sur la question de la sentence pénale.

Les caractéristiques essentielles des groupes armés du point de vue de la mise en œuvre du droit international humanitaire

Plusieurs niveaux doivent être sondés pour identifier les groupes armés qui peuvent être influencés par le discours sur le respect du droit. Par exemple, pour que le droit international humanitaire soit applicable, il faut que les groupes armés opèrent au minimum dans un contexte de conflit armé non international, c'est-à-dire dans une situation de violence entre un État et un groupe armé ou entre groupes armés. Pour être qualifié de groupe armé, un degré minimum d'organisation du groupe s'impose, c'est-à-dire qu'un certain niveau de cohérence organisationnelle et de hiérarchie, comme la structure du commandement et la capacité de soutenir des opérations militaires est nécessaire. Cet élément sera examiné ci-dessous⁴.

Le niveau d'organisation

Un groupe armé doit avoir un degré minimum d'organisation pour être en mesure de se conformer à toutes les règles du droit international humanitaire applicables dans les conflits armés non internationaux.

Ce niveau d'organisation est particulièrement pertinent pour nos objectifs, car il se peut fort bien qu'un groupe qui n'atteint pas ce niveau ne soit pas en mesure de familiariser ses membres avec le droit international humanitaire et d'établir les mécanismes nécessaires pour en assurer le respect. Une telle situation risquerait malheureusement d'entraîner un regain de violence difficile à contrôler et conduirait à une spirale d'anarchie et à une effusion de sang – ce que le droit humanitaire vise justement à éviter en cherchant un équilibre entre le principe d'humanité et les considérations de la nécessité militaire.

En termes pratiques, l'organisation interne présuppose l'existence d'une structure de commandement. Ce n'est que si une telle structure existe que les chefs peuvent former les membres du groupe, donner des instructions et des ordres clairs, être informés des actions de leurs subordonnés et y réagir promptement.

3 Voir en particulier, sur la question des groupes transnationaux, Marco Sassòli « Transnational armed groups and international humanitarian law » *Program on Humanitarian Policy and Conflict Research*, Harvard University, Occasional Paper Series, Hiver 2006, N° 6, disponible à l'adresse www.hpcr.org/pdfs/OccasionalPaper6.pdf (dernière consultation le 14 juillet 2008).

4 Voir Dietrich Schindler, « The Different Types of Armed Conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de Liège*, Vol. 163 II, 1979, p. 147. Pour une analyse détaillée de ces critères, voir Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Fatmir Limaj*, Arrêt, IT-03-66-T, 30 novembre 2005, par. 94-134.

Une chaîne de commandement et un système d'établissement des faits (*reporting system*) sont donc nécessaires pour que les dirigeants soient informés des violations, puissent suivre le rôle joué par les personnes ayant commis un crime et prennent les mesures qui s'imposent. Les procédures d'établissement des faits exigent fiabilité et prévisibilité et ne peuvent exister que dans des structures ayant un certain niveau d'organisation interne⁵.

En outre, il faut qu'un organe ou une autorité, par exemple un supérieur hiérarchique, ait la responsabilité d'imposer des règles et de punir les violations. Dans tout système d'autoréglementation, les infractions commises par des membres des groupes armés risqueraient de rester impunies. En outre, c'est ce degré minimum d'organisation au sein de la hiérarchie d'un groupe armé qui permet de rendre les supérieurs responsables de leurs omissions, du fait du contrôle effectif qu'ils exercent sur leurs subordonnés et de leur capacité à inspirer le respect, de mettre un terme aux violations et de les punir. Dans cette perspective, il importe que les commandants et autres supérieurs agissent en temps voulu pour s'assurer que leurs subordonnés soient conscients des obligations qui leur incombent au titre du droit international humanitaire et prennent les mesures les plus appropriées en cas de violations.

Il ne faut cependant pas croire que l'organisation à elle seule suffise pour qu'un groupe armé soit, dans la pratique, pleinement en mesure de mettre en œuvre le droit et de sanctionner les violations et, par dessus tout, d'être motivé à le faire. D'un point de vue purement pratique, d'autres facteurs – n'affectant pas la nature juridique d'un conflit – tel le degré de contrôle du groupe sur le territoire et son désir de respecter le droit, peuvent également jouer un rôle.

Le niveau du contrôle territorial

Un certain niveau de contrôle territorial est nécessaire à la mise en œuvre du Protocole additionnel II aux Conventions de Genève⁶. Ce contrôle par les groupes armés est avantageux lorsqu'il est question d'imposer des sanctions pénales puisqu'il peut permettre au groupe d'établir des institutions similaires à celles que les États sont obligés d'établir et qui sont souvent nécessaires pour assurer le respect de la loi.

Lorsque les groupes armés ont un niveau élevé de contrôle sur une partie d'un territoire, l'État a peu ou pas de contrôle dans cette région et il y a peu de chance qu'il puisse vérifier que la loi est mise en œuvre et observée ou bien remplir des fonctions d'exécution de la loi. En cas de violations, il peut donc

5 Sur les différentes structures organisationnelles des groupes armés voir Pablo Policzer, « Human Rights and armed groups: Toward a New Policy Architecture », *Armed groups Project, Working Paper N° 1*, juillet 2002, disponible à l'adresse www.armedgroups.org/sites/armedgroups.org/files/_1_Policzer.pdf (dernière consultation le 14 juillet 2008).

6 L'article premier, par. 1, du Protocole additionnel II (1977) aux Conventions de Genève de 1949 dispose que cette condition s'applique « aux groupes armés organisés qui, sous la conduite d'un commandement responsable, exercent sur une partie de son territoire un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer le présent Protocole ».

être extrêmement difficile pour l'État d'imposer des sanctions aux membres des groupes armés. Par ailleurs, il se peut que les groupes armés prennent les mesures nécessaires pour que la loi soit connue et respectée et pour réagir en cas de violations en prenant des mesures, par exemple des sanctions pénales, puisque ces groupes ont une présence de longue date et relativement stable et peuvent donc être amenés à exercer des fonctions qui incombent d'ordinaire à l'État. Lorsque les groupes armés ont un niveau si élevé de contrôle territorial, ils ont aussi d'ordinaire les moyens financiers et militaires nécessaires pour maintenir le contrôle pendant de longues périodes. Cela inscrit leurs actions dans la durée, condition préalable afin de poursuivre et de punir les violations graves du droit international humanitaire tout en honorant pleinement les garanties judiciaires essentielles (voir ci-dessous).

Dans les conflits actuels, toutefois, il peut être très difficile d'examiner les hostilités en termes de contrôle du territoire. Les hostilités tendent à être caractérisées par des « actes isolés - auxquels répondent souvent des opérations clandestines, accompagnées de mesures répressives - [et] remplacent les hostilités incessantes. Le théâtre d'opérations se déplace sans arrêt, une attaque pouvant être lancée à tout moment et dans n'importe quel pays. Il n'existe pas de champ de bataille aux contours géographiques délimités⁷ ».

La disposition des groupes armés à respecter le droit international humanitaire

La disposition d'un groupe armé à se conformer au droit et à montrer qu'il peut traiter de manière appropriée des situations de non-respect est souvent liée à l'objectif qu'il poursuit⁸. Par exemple, un groupe armé dont l'objectif constitue en soi une violation flagrante du droit international humanitaire, tel un groupe qui poursuit une politique de nettoyage ethnique, se préoccupera vraisemblablement peu des sanctions. Il en est de même des groupes qui inculquent une culture de diabolisation et de déshumanisation de l'ennemi comme base de formation de leurs membres⁹. Par ailleurs, les groupes qui recherchent la reconnaissance et le soutien de la communauté internationale ont particulièrement intérêt à prévenir les violations. Ils sont aussi encouragés

7 Toni Pfanner, « Les guerres asymétriques vues sous l'angle du droit humanitaire et de l'action humanitaire », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 87, Sélection française 2005, p. 266.

8 Noter que l'objectif visé par les groupes est sans rapport avec les définitions de ces groupes ou d'un conflit armé au titre du droit international humanitaire. La seule exception est celle des groupes armés luttant pour la libération nationale, comme le prévoit l'article premier, par. 4, du Protocole additionnel II (1977) aux Conventions de Genève de 1949.

9 Sur la diabolisation et la déshumanisation, voir en langue anglaise : Lt. Col. Dave Grossman, *On Killing: The Psychological Cost of Learning to Kill in War and Society*, Little, Brown and Co., New York, 1995. Voir en langue française : Harald Welzer, *Les exécuteurs. Des hommes normaux aux meurtriers de masse*, traduit par Bernard Lortholary. Gallimard, Paris, 2007. Voir aussi l'article par Emanuele Castano, Bernhard Leidner et Patrycja Slawuta, « *Processus d'identification sociale, dynamique de groupe et comportement des combattants* », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 90, N° 870 juin 2008.

à montrer qu'ils peuvent infliger et infligent les sanctions appropriées en cas de violations.

Déclarations unilatérales et accords spéciaux

Le fait de donner aux groupes armés, parties à un conflit armé non international, la possibilité d'émettre une déclaration unilatérale dans laquelle ils s'engagent à respecter le droit international humanitaire peut produire des effets positifs dans la pratique¹⁰. Il importe toutefois de garder à l'esprit que ces déclarations ne devraient être émises que dans un objectif purement politique.

Le CICR et le depositaire des Conventions de Genève et de leurs Protocoles ont, à maintes reprises, reçu des déclarations de ce genre de la part de groupes armés¹¹. Bon nombre de ces déclarations ont été publiées par le CICR, certaines dans la *Revue internationale*, sans que leur validité ou leur contenu ne soit discuté¹². Ces déclarations donnent la réponse à un paradoxe du droit humanitaire. En effet, bien que les groupes armés, comme on le sait, ne peuvent pas être parties aux traités de droit humanitaire, il leur incombe néanmoins de respecter et de faire respecter ce corpus du droit en toutes circonstances, même si, dans la pratique, ils sont réticents à être liés par les obligations internationales de la partie qu'ils combattent ou par toute loi que cette partie a pu adopter. La plupart des déclarations se limitent certes à des déclarations générales sur le respect du droit international humanitaire et ne comprennent pas de disposition concrète concernant des mécanismes de mise en œuvre comme des sanctions, mais elles constituent pour ces groupes le moyen de démontrer et de confirmer qu'ils sont prêts à être liés par le droit international humanitaire et de s'assurer qu'il est mis en œuvre. La XXVII^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge tenue en 1999¹³ a pris note de ce fait et c'est sur cette base que l'organisation *Appel de Genève* a invité les groupes armés à signer une déclaration d'adhésion aux règles énoncées dans le Traité d'Ottawa sur les mines antipersonnel. À ce jour, 35 groupes armés ont accepté d'interdire les mines antipersonnel par ce mécanisme, et les résultats sur le terrain sont concluants¹⁴. Ces déclarations envoient un message clair de la

10 Cette possibilité est mentionnée expressément à l'article 96, par. 3, du Protocole additionnel I (1977) aux Conventions de Genève de 1949 pour les groupes qui relèvent du champ d'application de l'article premier, par. 4, du Protocole.

11 Elles peuvent être adressées par écrit ou oralement. Bien que les engagements oraux n'aient pas le même poids que les engagements écrits, ils sont utiles pour l'action de suivi et la diffusion.

12 On peut citer à titre d'exemple les déclarations unilatérales de l'Organisation de Libération de la Palestine (*Revue internationale de la Croix-Rouge*, N° 274, janvier-février 1990, pp. 64-65), de l'Union nationale pour l'indépendance totale de l'Angola (*Revue internationale de la Croix-Rouge*, N° 219, novembre-décembre 1980, p. 320) et du Congrès national africain de l'Afrique du Sud (*Revue internationale de la Croix-Rouge*, N° 220, janvier-février 1981, p. 20).

13 Voir la XXVII^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, *Plan d'action pour les années 2000-2003*, objectif final 1.1 3), disponible à l'adresse www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/html/57JQ8K (dernière consultation le 14 juillet 2008).

14 La déclaration peut être consultée à l'adresse www.genevacall.org/about/testi-mission/gc-04oct01-deed.htm (dernière consultation le 14 juillet 2008).

hiérarchie, confirmant sa responsabilité dans la mise en œuvre du droit humanitaire et peuvent constituer un point de départ appréciable vers l'instauration d'un dialogue avec ces groupes sur un aspect particulier de la mise en œuvre du droit. Idéalement, les déclarations devraient comprendre l'engagement non seulement de respecter le droit international humanitaire, mais aussi de l'inclure dans le code de discipline interne du groupe et de le faire appliquer.

En plus de ces déclarations, il existe des accords spéciaux (prévus à l'article 3 commun aux Conventions de Genève) entre les parties au conflit. Ces accords peuvent inciter au respect du droit international humanitaire sur la base du consentement mutuel des parties. Un des exemples est l'accord entre les diverses parties au conflit en Bosnie-Herzégovine qui a même comporté des engagements spécifiques quant à sa mise en œuvre et à l'obligation de mener des enquêtes sur des allégations de violations du droit international humanitaire et de prendre les mesures nécessaires pour y mettre un terme et punir leurs auteurs. Les exemples de ces accords sont toutefois rares¹⁵, soit parce que les États hésitent à accorder indirectement aux groupes armés une certaine légitimité, soit parce que les parties ne veulent pas s'engager à plus que le minimum par peur que leurs propres membres soient poursuivis, soit parce que l'intention d'une ou de deux parties à respecter le droit international humanitaire n'est pas sincère.

La diffusion du droit international humanitaire et la formation des membres des groupes armés

Si l'État ou les États, sur le territoire desquels des groupes armés opèrent, s'acquitte(nt) de leur obligation de diffuser le droit international humanitaire au sein de la population civile – en particulier en mettant à sa disposition les instruments dans la ou les langue(s) nationale(s) – on pourrait présumer qu'en conséquence les groupes armés seront eux-aussi informés, du moins en termes généraux. Toutefois, cela ne les décharge pas de toute responsabilité. Au contraire, ils doivent eux-mêmes, dans le cadre de leur responsabilité d'assurer le respect, vérifier que tous leurs membres à la fois dans leurs branches politiques et leurs branches militaires sont familiarisés avec les règles du droit humanitaire et les comprennent. Ces règles ne sauraient être appropriées que si certaines mesures sont en fait prises par les dirigeants qui sont largement responsables de leur exécution.

Premièrement, il faut que soit dispensée une formation appropriée et adaptée au niveau hiérarchique et au degré de responsabilité des groupes cibles. Cette formation devrait traiter à la fois des modalités pratiques du respect et des mécanismes à mettre en œuvre en cas de violation. Les porteurs d'armes doivent intérioriser non seulement le message sur l'obéissance aux règles mais

15 Les tentatives à conclure des accords finaux ont échoué en Colombie, au Tadjikistan et Jammu/Cachemire.

aussi le message sur les sanctions qui leur seront infligées en cas de non-respect. Il faut qu'ils soient conscients que quiconque prend part à un conflit, quelle que soit son allégeance, devra rendre compte de tout acte criminel commis. Des organisations, comme le CICR, ont une responsabilité considérable à cet égard : il est impératif que, lorsqu'elles ont accès aux groupes armés, elles soient absolument claires sur les sanctions en jeu et les conséquences de tout acte constituant une violation grave du droit humanitaire.

Deuxièmement, le contenu du droit humanitaire doit être accessible ; il devrait être résumé en règles simples pouvant figurer dans les codes de conduite. Certains groupes armés ont en fait déclaré qu'ils suivaient cette pratique¹⁶. La plupart de ces codes contiennent des dispositions concernant des sanctions en cas de violations. Enfin, pour assurer la continuité des connaissances, les groupes armés devraient également participer à la formation de personnel qualifié et, si possible, assurer la présence de conseillers juridiques capables de fournir des informations aux commandants sur l'application du droit humanitaire dans les opérations militaires et l'adhésion à ce droit. Cette pratique devient de plus en plus courante dans les forces armées régulières, et il n'y a pas de raison que cela revête une importance moindre pour les groupes armés disposant eux aussi d'un tel personnel.

Identifier la sanction la plus appropriée

Nous examinerons ci-après la question des sanctions autres que les sanctions pénales qui doivent être imposées en cas de violations graves du droit humanitaire. Car, sans vouloir d'aucune manière diminuer l'importance de ces sanctions, l'effet dissuasif d'une sanction sera toujours, selon nous, incertain s'il ne repose que sur ce seul élément. Des efforts doivent donc être accomplis pour introduire des mécanismes et des processus qui permettent de marquer l'opprobre chaque fois qu'une infraction est commise. Cette approche a pour conséquence qu'elle requiert un examen approfondi des sanctions disciplinaires.

Sanctions disciplinaires

Bien que les mesures disciplinaires ne suffisent pas à remédier aux violations graves du droit international humanitaire, elles sont nécessaires et utiles dans la mesure où elles permettent aux chefs des groupes de réagir à temps face aux violations. Ces mesures peuvent prendre diverses formes, à savoir une note au

16 On peut citer, à titre d'exemple, les groupes armés ci-après qui ont mis au point des codes de conduite internes : Autodéfenses unies de Colombie (AUC), l'Armée de libération nationale (ELN) et les Forces armées révolutionnaires de Colombie (FARC) en Colombie, le Congrès national africain (ANC) en Afrique du Sud, Front Farabundo Martí de libération nationale (FMLN) au Salvador, le Mouvement patriotique de Côte d'Ivoire (MPCI) en Côte d'Ivoire, les Libériens unis pour la réconciliation et la démocratie (LURD) au Libéria, les Maoïstes au Népal, le Front unifié révolutionnaire (RUF) de Sierra Leone, ainsi que les Forces armées soudanaises (SAF) et le Mouvement de libération du peuple du Soudan (SPLM) au Soudan.

dossier, un avertissement, une rétrogradation et un renvoi. Elles peuvent aussi donner lieu à des travaux ou corvées supplémentaires ou au retrait des armes ou de l'uniforme du soldat. Dans la pratique, elles peuvent quelquefois entraîner l'emprisonnement et la peine corporelle, notamment la peine de mort. Il est clair que toutes ces mesures doivent être prises en conformité avec les normes des droits de l'homme¹⁷. Les mesures disciplinaires portent principalement sur le statut de la personne concernée au sein de la hiérarchie du groupe et peuvent donc avoir un effet dissuasif important. Elles sont l'expression concrète de la réaction de la hiérarchie du groupe et signalent aux autres membres du groupe qu'une conduite interdite ne sera pas tolérée, ce qui est susceptible de prévenir d'autres violations à l'avenir. Les mesures disciplinaires sont aussi très souvent le seul moyen de sanctionner des violations lorsqu'un conflit est en cours, puisqu'une procédure pénale exige plus de temps et plus de ressources. Si une telle action disciplinaire doit être efficace et prévenir d'autres violations, elle doit être suffisamment sévère et doit être rendue publique – deux conditions qui sont quelquefois difficiles à remplir et à concilier dans la pratique actuelle¹⁸. Des règles simples énoncées par écrit et affirmant d'emblée la peine à purger en cas de violation contribuent à rendre prévisible la réponse de la hiérarchie, en vue d'éviter la disparité et la disproportion. Il ne faut pas sous-estimer l'utilité de telles règles.

Sanctions pénales

Comme mentionné ci-dessus, lorsque des violations graves du droit international humanitaire ont été commises, une poursuite pénale s'impose. La question cruciale est de savoir qui peut imposer de telles sanctions lorsque des groupes armés ont commis des crimes de guerre.

L'État

La responsabilité première de sanctionner les violations incombe à l'État. Dans la pratique, une sanction devrait être prononcée le plus près des lieux où le crime a été commis et des personnes impliquées dans le crime afin d'en optimiser l'effet dissuasif.

L'imposition de sanctions par l'État partie qui a participé directement au conflit est l'objet d'un certain nombre de contraintes importantes et doit relever de nombreux défis. Premièrement, l'État doit être capable de conduire dûment la procédure et avoir la volonté de le faire – ce qui généralement est loin d'être le cas à l'issue d'un conflit. Deuxièmement, l'État doit établir des procédures dans lesquelles toutes les parties peuvent avoir confiance. Pour ce

17 Voir Jelena Pejic, «Principes en matière de procédure et mesures de protection pour l'internement/ la détention administrative dans le cadre d'un conflit armé et d'autres situations de violence» *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 87, Sélection française 2005, pp. 331-350.

18 *Ibid.*

faire, il doit garantir un traitement égal et individualisé pour tous, quel que soit le groupe auquel elles appartiennent. Ce n'est que lorsque ces conditions préalables *sine qua non* sont remplies et que les normes appliquées sont les mêmes pour tous que les groupes armés peuvent être rassurés et que leur réticence naturelle à transférer leurs membres au gouvernement peut être surmontée.

Le fait que l'État concerné accorde une amnistie la plus large possible aux personnes qui auront pris part à un conflit armé, pour des actes qui n'étaient pas des crimes de guerre, de manière idéale lorsque le conflit est encore en cours, peut jouer un rôle décisif dans la perception que les parties ont de l'intention sincère de l'État de conduire des procédures impartiales¹⁹. Si aucune amnistie n'est accordée pour une simple participation aux hostilités, l'État peut du moins consentir à une réduction de la peine dans ces cas dans l'espoir que cela aura un impact positif sur le respect du droit humanitaire²⁰. Par ailleurs, une situation dans laquelle l'État poursuit les membres du groupe armé sur la base de sa législation pénale ordinaire simplement pour avoir pris part aux hostilités – refusant de ce fait de reconnaître leur « droit au statut de combattant » – résulte dans une absence de toute incitation pour eux de se conformer aux règles du droit international humanitaire, puisqu'ils risquent d'être poursuivis au niveau national même s'ils respectent les règles. Bien sûr, les amnisties générales qui couvrent des crimes graves commis dans un conflit sont inacceptables²¹.

Il est rare qu'une procédure de justice pénale puisse être instituée durant un conflit ; il est généralement nécessaire d'attendre la fin des hostilités et que l'État ait regagné le contrôle de son territoire avant que la justice puisse être rendue conformément aux procédures qui offrent les garanties nécessaires d'un procès équitable. En outre, les procédures pénales sont généralement complexes et longues, en particulier lorsqu'elles concernent des violations graves du droit international humanitaire commises sur une large échelle ou de manière systématique, et peuvent exiger des opinions d'experts qui ne sont pas disponibles au niveau national, d'où l'importance de combiner ces procédures avec d'autres réponses immédiates.

Un autre moyen de vaincre les difficultés susmentionnées consisterait à faire participer un État tiers sur la base de la compétence universelle, c'est-à-dire le principe selon lequel les États peuvent traduire en justice les auteurs

19 Voir l'article 6, par.5, du Protocole additionnel II (1977) aux Conventions de Genève de 1949, et la Règle 159 de l'étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier, *op. cit.* (note 1), p. 811.

20 Voir « Améliorer la conformité au droit international humanitaire », CICR, document d'information préparé pour la réunion informelle d'experts de haut niveau sur les défis actuels en matière de droit international humanitaire, Cambridge, 25-27 juin 2004.

21 Le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies, la Commission des droits de l'homme des Nations Unies et le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies ont confirmé à maintes reprises que les amnisties ne s'appliquaient pas aux crimes de guerre. Voir par exemple les résolutions du Conseil de sécurité 1120 (1997) et 1315 (2000), la résolution 2002/79 de la Commission des droits de l'homme et le Rapport du Secrétaire général sur l'établissement d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone (S/2000/915). Voir aussi Simon M. Meisenberg, « Légalité des amnisties en droit international humanitaire. La décision du Tribunal spécial pour la Sierra Leone sur les amnisties de Lomé » *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 86, N° 856, décembre 2004, pp. 837-851.

de crimes internationaux quel que soit l'endroit où le crime a été commis ou la nationalité de l'auteur ou de la victime. Il existe quelques exemples dans la pratique contemporaine des États de recours à la compétence (semi) universelle afin de poursuivre les membres de groupes armés²².

Le fait que le recours à la compétence universelle est imprévisible et que, par sa nature même, cette juridiction soit délocalisée, peut diminuer le message dissuasif de la sanction. Il faut toutefois reconnaître que la compétence universelle peut être utilisée pour inquiéter ceux qui ont commis des crimes internationaux, même s'ils bénéficient de l'inertie ou de la connivence des autorités compétentes.

Enfin, il devrait aussi être possible de bénéficier de mécanismes de justice transitionnelle souvent mis en place après un conflit, notamment ceux qui font appel aux systèmes de justice traditionnelle²³. Ces mécanismes doivent, toutefois, prendre dûment en compte les intérêts, droits et obligations de toutes les parties concernées. Ils ne doivent pas donner l'impression de prendre parti en s'abstenant de traiter avec toutes les personnes responsables de violations, quel que soit le groupe auquel elles appartiennent. De plus, si ces mécanismes peuvent avoir l'avantage d'être rapides, ils doivent néanmoins respecter toutes les garanties d'un procès équitable.

En tout état de cause, lorsque le caractère équitable du processus de sanctions est douteux ou lorsque les conditions discutées ci-dessus ne sont pas respectées – lorsque les États ne peuvent pas ou ne souhaitent pas s'acquitter de la responsabilité qui leur incombe d'imposer des sanctions pour violations du droit international humanitaire, par exemple – des tribunaux internationaux ou mixtes pourraient être une meilleure solution pour sanctionner efficacement des violations commises dans les conflits armés internes.

Tribunaux internationaux ou mixtes

Les tribunaux internationaux ou mixtes peuvent offrir une solution satisfaisante à plusieurs problèmes qui risquent de se poser lorsque les parties rendent elles-mêmes la justice. En principe, ces tribunaux offrent la garantie d'une justice indépendante et impartiale, qui fait quelquefois défaut – ou semble faire défaut – au niveau national. De plus, ils devraient être en mesure de traiter équitablement tous

22 Un exemple du recours à la compétence universelle contre des membres de groupes non étatiques (bien qu'ayant des liens étroits avec un gouvernement étranger) est l'affaire Jorgic. Selon l'Oberlandesgericht (cour d'appel) de Düsseldorf, Allemagne, le Serbe bosniaque Nikola Jorgic était le commandant d'un groupe paramilitaire qui a participé à des actes de terreur à l'encontre de la population musulmane en Bosnie. Ces crimes ont été accomplis avec le soutien des dirigeants serbes et visaient à contribuer à leur politique de « nettoyage ethnique ». Jorgic a été reconnu coupable de crime de génocide et condamné à perpétuité. L'arrêt a été considéré conforme aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme le 12 juillet 2007.

23 Voir par exemple la position des Hawaïens autochtones à l'égard du droit (*le ho'oponopono*) et les processus d'établissement de la paix chez les Navajos, tels que décrits dans Amedeo Cottino, « Prévention du crime et lutte contre la criminalité: les concepts occidentaux face aux pratiques juridiques traditionnelles », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 90, N° 870, juin 2008. Voir aussi les mécanismes de justice traditionnelle au Burundi (les *Bashingantahe*) et au Rwanda (les *gacaca*).

ceux qui ont commis des actes de violence, pour que la réalité au tribunal – quelle que soit son imperfection – soit la plus proche possible de la réalité sur le terrain. Cela est essentiel pour éviter une radicalisation des positions et pour que les sanctions contribuent d'une certaine manière à un retour à l'existence pacifique. C'est en fait l'approche adoptée par la Cour pénale internationale lorsque des crimes commis non seulement par des États mais aussi par des groupes armés sont traduits en justice²⁴. Le bureau du procureur a une responsabilité particulière à cet égard pour déterminer la politique judiciaire régissant l'exercice de l'action pénale

Toutefois, les tribunaux internationaux ont l'inconvénient d'être situés très loin des lieux et personnes concernés, ce qui peut réduire l'effet que les sanctions devraient avoir. En outre, il convient de relever qu'il existe une tendance toujours plus grande à instituer des procédures internationalisées qui se déroulent aussi près que possible des lieux où les crimes ont été commis. Dans le même ordre d'idées, il semblerait essentiel que ces initiatives internationales permettent d'établir des liens avec les systèmes nationaux concernés et de renforcer les capacités nationales pour que les affaires puissent être transférées directement le plus vite possible à l'issue des conflits, conformément aux garanties d'un procès équitable.

Les groupes armés

Lorsque l'État n'est pas en mesure d'imposer des sanctions pénales aux personnes qui ont commis des violations graves du droit international humanitaire, la question se pose de savoir si un groupe armé pourrait s'imposer à lui-même de telles sanctions, exécutant dans ce cas une des fonctions typiquement considérée comme prérogative de la souveraineté de l'État. Le droit international humanitaire ne contient pas de disposition explicite sur la question. Toutefois la disposition sur le prononcé des sentences figurant à l'article 3, par.1, d), commun aux Conventions de Genève implique que les groupes armés puissent prononcer des sentences, puisque la règle est applicable à « chaque partie au conflit » et pas seulement aux États. L'article 6 du Protocole additionnel II et son commentaire n'excluent d'ailleurs pas la poursuite et la sanction d'infractions pénales commises par des entités non étatiques²⁵.

Reconnaître le droit non seulement des États mais aussi des groupes armés de traduire en justice serait conforme au principe de « l'égalité des belligérants »

24 À ce jour, la Cour pénale internationale a émis des mandats d'arrêt uniquement contre onze membres des groupes armés en Ouganda, en République démocratique du Congo, au Soudan et en République centrafricaine. Seul un mandat d'arrêt concerne un ancien ministre d'État chargé des Affaires intérieures du gouvernement soudanais et, plus récemment, une demande d'arrestation a été émise à l'encontre du chef d'État soudanais en exercice. Informations disponibles à l'adresse www.icc-cpi.int/cases.html (dernière consultation le 14 juillet 2008).

25 Le commentaire du Protocole additionnel II, dans C. Pilloud *et al.* (éd.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, CICR, Genève, 1987, indique qu'« à l'instar de l'article 3 commun, le Protocole II laisse intact le droit des autorités constituées de poursuivre, juger et condamner les personnes, militaires et civiles, qui auraient commis une infraction en relation avec le conflit armé » (italiques ajoutés), pp. 1396-1397.

qui sous-tend le droit contemporain des conflits armés²⁶. Il existe des exemples de groupes armés qui ont tenté de juger les personnes présumées coupables et de punir leurs propres membres²⁷. Lorsque les États ne sont pas en mesure d'appliquer la loi, les auteurs de violations graves du droit international humanitaire resteraient dans de nombreux cas impunis, du moins jusqu'à la fin du conflit, si les groupes armés n'avaient pas la possibilité d'imposer des sanctions pénales. Bien sûr, cela ne les empêche pas d'imposer des sanctions disciplinaires, comme décrites ci-dessus. Un système judiciaire qui fonctionne dans des territoires contrôlés par des groupes armés pourrait également avoir un fort effet dissuasif et donc prévenir des violations du droit international humanitaire. Il existe, toutefois, un certain nombre de problèmes pratiques liés à l'imposition de sanctions pénales par les groupes armés.

Tout d'abord, les groupes armés devraient être suffisamment bien organisés, avoir la volonté et disposer de stabilité, de temps et des ressources nécessaires pour constituer un tel système judiciaire et tenir des procès. Ensuite, les procès devraient avoir lieu conformément aux normes imposées par le droit relatif aux droits de l'homme et le droit international humanitaire.

Le droit international humanitaire interdit de prononcer des sentences dans des circonstances qui n'offrent pas toutes les garanties judiciaires essentielles requises par un tribunal régulièrement constitué, condition préalable que nous allons maintenant examiner de façon plus détaillée²⁸. Ces garanties visent à éliminer la possibilité d'erreurs judiciaires résultant d'une « justice sommaire »²⁹, et en particulier des exécutions sommaires.

26 Voir « Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains », Rapport préparé par le Comité international de la Croix-Rouge pour la XXVIII^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, 2-6 décembre 2003, CICR, Genève, 2003, dans lequel il est dit que « le principe d'égalité des belligérants sous-tend le droit des conflits armés », p. 19, disponible à l'adresse www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/html/5XRDC (dernière consultation le 14 juillet 2008).

27 Le Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN) au Salvador voulait juger deux de ses membres pour avoir exécuté deux militaires américains blessés après que leur hélicoptère ait été abattu en janvier 1991. Le gouvernement salvadorien a demandé que les membres du FMLN soient remis au système judiciaire de l'État, et le chef de la Cour suprême du Salvador a averti que tout étranger ou ressortissant salvadorien participant au procès du FMLN ferait l'objet d'une poursuite pénale au titre de la loi salvadorienne; Le procès n'a apparemment jamais eu lieu car le FMLN a décidé plutôt de remettre les prévenus à la Commission nationale vérité et réconciliation. Voir Human Rights Watch, 1992 *Rapport annuel* (chapitre sur le Salvador), figurant à l'adresse www.hrw.org/reports/1992/WR92/AMW-08.htm (dernière consultation le 18 septembre 2007). Le parti communiste népalais maoïste (PCN-M) a établi des tribunaux du peuple, qui ont fonctionné durant les hostilités et se seraient multipliés à la cessation des hostilités. En outre, le PCN-M [...] a créé son propre code général de droit public pour la période de guerre et pour la période de transition à compter de 2003/2004, qui couvre des dispositions civiles ainsi que des dispositions pénales se rapportant et ne se rapportant pas au conflit », voir Jonathan Somer, « La justice de la jungle: juger de l'égalité des belligérants dans un conflit armé non international », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 89, N° 867, septembre 2007, p. 681.

28 Pour un conflit armé non international, voir l'article 3 commun aux Conventions de Genève et l'article 6, par.2, du Protocole additionnel II. Voir aussi les règles 100-102 de l'étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier, *op. cit.* (note 1), pp. 467-496.

29 Voir Jean S. Pictet (éd.), *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Vol. IV des Conventions de Genève du 12 août 1949: commentaire, CICR, Genève, 1958, p. 39.

La condition préalable de garanties judiciaires est énoncée dans le plus grand détail dans le droit international humanitaire, appuyée dans une large mesure par le droit relatif aux droits de l'homme, en particulier les dispositions pertinentes du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Les garanties comprennent la présomption d'innocence, le droit des accusés à être informés promptement des infractions alléguées, le droit d'organiser sa défense, sans restriction et en toute régularité et de disposer des moyens nécessaires pour le faire, et l'obligation de se conformer pleinement aux principes *nullum crimen sine lege* et *nulla poena sine lege*³⁰. Ces garanties doivent être respectées dans tous les conflits armés, quelle que soit leur nature. Le fait de priver une personne du droit à un procès équitable constitue un crime de guerre³¹.

Il est clair que le respect de ces garanties pose un grand nombre de défis aux groupes armés puisque cela implique d'avoir un système judiciaire relativement bien organisé, des avocats de la défense, des interprètes et un soutien pour les démunis. Seuls des groupes bien organisés et stables dotés de moyens adéquats et ayant le contrôle du territoire peuvent établir un tel système judiciaire. En outre, l'exigence de respect du principe de la légalité pose la question de savoir quel corpus de règles les groupes armés appliqueraient. Les auteurs ont des vues divergentes sur la question³². Cependant, dans l'intérêt des prévenus et de la bonne foi, il est de la plus haute importance que personne ne soit condamné d'une infraction pour tout acte ou toute omission qui ne constituait pas une infraction au titre de la loi au moment où elle a été commise³³.

La condition préalable d'un tribunal régulièrement constitué place la barre particulièrement haute pour un groupe armé qui pourrait souhaiter établir son propre système judiciaire. Si « régulièrement constitué » est interprété

30 L'article 6, par. 2, du Protocole additionnel II complète l'article 3 commun par une liste étendue de garanties judiciaires. Voir aussi la Règle 100 de l'étude du CICR sur le droit coutumier, *op. cit.* (note 1), pp. 352-371.

31 Voir article 8, par. 2, c), iv) du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, qui codifie une décision rendue par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Le Procureur c. Dusko Tadic* (Décision relative à l'appel interlocutoire de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, IT-94-1-AR72, Chambre d'appel, 2 octobre 1995, par. 87-136). Selon cette décision, les violations, dans les conflits armés internes, de l'article 3 commun aux Conventions de Genève recouvrent une responsabilité pénale individuelle. La règle 156 de l'étude du CICR sur le droit coutumier, énumérant les violations graves du droit international humanitaire qui constituent des crimes de guerre dans les conflits armés internationaux et non internationaux comprend également la privation délibérée d'un prisonnier de guerre ou autre personne protégée du droit à un procès équitable et régulier. Voir l'étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier, *op. cit.* (note 1), pp. 574.

32 Pour Zegveld, c'est la loi de l'État qui s'applique. Voir Liesbeth Zegveld, *The Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 187. Jonathan Somer (*op. cit.* (note 27), p. 676) résume le point de vue de Bothe et al. comme suit : « les groupes d'opposition armés seraient en mesure de satisfaire au critère *nullum crimen sine lege* en se fondant sur le droit international se rapportant aux crimes internationaux, tout en se fondant soit sur la législation nationale existante soit sur leur propre « législation » existante pour traduire en justice en cas de simple participation aux hostilités » Voir Michael Bothe, Karl Josef Partsch, et Solf A. Waldemar, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1982, p. 606.

33 Voir Commentaire du Protocole II dans C. Pilloud *et al.* (éd.), *op. cit.* (note 25), p. 4606.

comme « régulièrement constitué au sens de la législation nationale », ou « établi par la loi », il est difficile d'imaginer qu'un groupe armé puisse établir un tel tribunal³⁴. Pour éviter d'exiger l'impossible, certains allèguent qu'il faudrait plutôt mettre l'accent sur l'équité du système et assurer son indépendance et son impartialité³⁵ conformément au Protocole additionnel II et aux éléments des crimes plus récents de la Cour pénale internationale³⁶.

Maintenir un débat ouvert sur la manière dont les groupes armés devraient se conformer aux exigences du droit international humanitaire concernant la tenue d'un procès équitable, offrant toutes les garanties judiciaires, ne suppose absolument pas que ces garanties soient assouplies ou minimisées. Il faut identifier les processus, méthodes et moyens que les groupes armés pourraient utiliser pour concrétiser les garanties essentielles et les respecter dans la pratique actuelle.

Conclusions

Le rôle que les sanctions peuvent avoir en influençant le comportement des groupes armés est une question difficile à traiter. Le fait que l'on sache peu de choses sur les pratiques que les groupes armés ont pu développer sur le terrain ne rend pas les choses plus aisées. Toutefois, lorsque des groupes armés organisés sont impliqués, il est difficile de s'écarter du paradigme applicable aux forces armées gouvernementales, qui offre un cadre à l'examen des facteurs et des conditions permettant de rendre les sanctions plus efficaces. Ces facteurs se fondent sur une bonne connaissance du droit humanitaire, notamment des sanctions associées au non-respect, et sur l'assimilation de ces connaissances. Les supérieurs hiérarchiques jouent un rôle capital dans ce contexte, car c'est eux qui assurent, en émettant des instructions et des ordres clairs, que les subordonnés respectent la loi, et ce sont eux qui réagissent promptement en cas de non-respect. De plus, la rapidité de la sanction devrait être un facteur que les subordonnés évaluent avant de s'engager dans un comportement déviant.

Une fois qu'il a été reconnu que les sanctions jouent un rôle en assurant un meilleur respect du droit, il importe d'examiner la nature des sanctions et l'organe le plus à même de les imposer. Il est clair que le fait de limiter les sanctions à la seule composante pénale – bien qu'obligatoire en cas de violation grave du droit international humanitaire – rend la capacité préventive de ces sanctions plus « aléatoire ». Il faut aller plus loin et tenter de déterminer tous

34 Comité international de la Croix-Rouge, *Projets de Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949: Commentaire*, CICR, Genève, 1973, p. 142 : « [...] les termes « régulièrement constitué » qualifiant le « tribunal » dans l'article 3 commun, ont été supprimés, certains experts ayant considéré qu'il était peu probable qu'un tel tribunal serait régulièrement constitué selon la législation nationale s'il était établi par la partie insurgée ».

35 Voir James Bond, « Application of the Law of War to Internal Conflict », *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 3, N° 2, 1973, p. 372, et Jonathan Somer, *op. cit.*

36 Voir l'élément 4 de l'article 8, par. 2, c) iv) du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Éléments des crimes.

les facteurs qui peuvent donner lieu à des sanctions qui produisent pleinement les effets souhaités, d'où l'avantage d'explorer les mesures disciplinaires que les groupes armés peuvent prendre ou la participation de ces groupes dans les mécanismes de justice transitionnelle et traditionnelle.

La question des sanctions pénales reste néanmoins au cœur du droit international humanitaire lorsque des violations graves sont commises. Même si la procédure établie doit être compatible avec une justice équitable, le droit humanitaire n'exclut pas la possibilité que des organes autres que les États puissent imposer des sanctions pénales, notamment les groupes armés concernés. Il semble cependant évident que des études approfondies s'imposent pour identifier les conditions susceptibles de permettre aux groupes armés d'exercer la justice en établissant des mécanismes pleinement conformes aux exigences du droit et de promouvoir le rôle des sanctions pour l'amélioration du respect du droit humanitaire.

Volume 90 Number 871 September 2008

**INTERNATIONAL
REVIEW**
of the Red Cross



Humanitarian debate: Law, policy, action

Human rights



ICRC

REVUE
INTERNATIONALE
de la Croix-Rouge

Droits de l'homme

ÉDITORIAL

Il ne fait aucun doute que le droit international humanitaire est étroitement lié au droit international des droits de l'homme. La Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 devait à l'origine s'appliquer en temps de paix et n'a que peu influencé l'élaboration des Conventions de Genève adoptées un an plus tard. En revanche, l'article 75 du Protocole I de 1977 additionnel aux Conventions de Genève de 1949 a introduit des garanties fondamentales et même des normes de procédure découlant des traités relatifs aux droits de l'homme dans ce qu'on appelait – et qu'on appelle parfois encore – le « droit de la guerre ». En dépit de leurs origines et évolution différentes, le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme « ont convergé, fusionnent relativement vite, et (...), dans de nombreux cas concrets, le régime des droits de l'homme définit l'orientation et les objectifs généraux de la révision du droit de la guerre », comme le souligne Gerald I.A.D. Draper, éminent chercheur et historien militaire.

Aujourd'hui, personne ne conteste que le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme s'appliquent aux situations de conflit armé et que ces deux branches du droit sont complémentaires et s'influencent mutuellement. Les divers organes des Nations Unies, de même que les jurisprudences et doctrines nationales et internationales, reconnaissent le principe selon lequel les « droits fondamentaux de l'homme, tels qu'ils sont acceptés en droit international et énoncés dans des instruments internationaux, demeurent pleinement applicables en cas de conflit armé ».

Ce numéro de la *Revue internationale de la Croix-Rouge* examine la relation entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme dans les situations de conflit armé, à la lumière des éléments d'appréciation récemment formulés par la Cour internationale de justice dans son avis consultatif sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé. La Cour note que :

« trois situations peuvent dès lors se présenter : certains droits peuvent relever exclusivement du droit international humanitaire ; d'autres peuvent

relever exclusivement des droits de l'homme; d'autres enfin peuvent relever à la fois de ces deux branches du droit international. Pour répondre à la question qui lui est posée, la Cour aura en l'espèce à prendre en considération les deux branches du droit international précitées, à savoir les droits de l'homme et, en tant que *lex specialis*, le droit international humanitaire ».

Alors que le droit international humanitaire demeure le droit spécial applicable dans les conflits armés, il arrive que des normes ou règles divergentes doivent être interprétées pour déterminer si le droit humanitaire ou le droit des droits de l'homme prévaut dans un cas spécifique. Certaines questions liées à la détention dans les situations de conflit armé non international et à l'application du droit dans les situations d'occupation sont prédominantes dans ce débat de fond.

Ces questions fondamentales sur la relation entre le droit humanitaire et les droits de l'homme sont éclipsées par la question – plus politique – de savoir si les mécanismes de mise en œuvre des droits de l'homme devraient également régir les situations de conflit armé. Les mécanismes établis par le droit humanitaire sont souvent considérés comme étant moins stricts, appliqués uniquement dans des cas exceptionnels (notamment en ce qui concerne les poursuites pénales) et développés de façon rudimentaire dans les situations de conflit armé non international. Les mécanismes des droits de l'homme, en revanche, garantissent un traitement plus ouvert des violations graves des droits fondamentaux de l'homme dans les conflits armés – souvent par voie judiciaire. Plus particulièrement, les procédures judiciaires relatives aux situations de conflit armé ont considérablement évolué ces dernières années, mettant en évidence des questions clés en matière de droits de l'homme telles que l'interdiction de la torture, la détention arbitraire ou l'expulsion forcée (*non-refoulement*) dans les conflits armés et dans ce qu'on appelle la « guerre contre le terrorisme ». Cette évolution a contribué à ce que les violations des droits de l'homme soient portées devant la justice comme des questions relevant du droit, non pas de la politique, réaffirmant ainsi la primauté du droit dans les contextes de la guerre et du terrorisme, qui sont particulièrement sensibles et constituent l'ultime défi posé au droit et à ses mécanismes.

Presque tous les États occidentaux sont parties à une convention régionale des droits de l'homme. Ces dernières années, la Cour européenne des droits de l'homme, en particulier, a rendu plusieurs jugements qui ont un impact sur la lecture juridique des situations de conflit armé et du droit applicable. La Cour s'est notamment déclarée compétente pour juger des plaintes déposées par des civils tchéchènes à l'encontre de la Russie au sujet de violations des droits de l'homme commises durant la deuxième guerre russo-tchéchène, et a prononcé 31 jugements à ce jour. Contrairement à la Cour interaméricaine,

elle a appliqué uniquement les normes de la Convention européenne des droits de l'homme, dans des situations de conflit armé. Elle s'est abstenue ne serait-ce que de mentionner le droit humanitaire, probablement pour éviter d'éventuels problèmes de compétence matérielle. Néanmoins, la Cour n'a pas évité de faire référence à des notions émanant directement du droit humanitaire, notamment la distinction entre combattants et civils.

Cette question est d'autant plus importante que les instruments relatifs aux droits de l'homme peuvent s'appliquer non seulement sur le territoire des États parties, mais aussi à des actes commis par ces États dans un pays tiers – y compris dans les situations de conflit armé. La Cour internationale de justice a approuvé ce principe d'application extraterritoriale des droits de l'homme, en soulignant qu'il est inadmissible de permettre aux États de perpétrer à l'étranger des actes qui leur sont interdits dans leurs propres frontières. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – en particulier la signification de « contrôle effectif » et la question de savoir si son application se limite à la détention de personnes – démontre l'incertitude qui règne dans cette « zone d'ombre ». Les compétences et la jurisprudence divergentes des organes créés par traité risquent d'avoir des incidences directes sur la conduite des hostilités – et la distribution des rôles parmi les parties alliées dans un conflit armé – d'autant que les actes de certains belligérants ne sont pas soumis au contrôle d'organismes chargés des droits de l'homme.

Une autre question qui a gagné en importance ces dernières années est le principe susmentionné de *non-refoulement*, qui empêche le transfert d'une personne d'un État à un autre si elle risque de subir des violations de ses droits fondamentaux. Ce principe est énoncé dans le droit des réfugiés et les traités d'extradition, de même que dans le droit international humanitaire et le droit des droits de l'homme, et montre la complémentarité entre ces deux branches du droit. Le transfert de personnes au cours des opérations multinationales dans les situations de conflit armé est un phénomène croissant : lors d'opérations complexes, des transferts peuvent être réalisés entre des pays fournisseurs de contingents et de personnel de police, les Nations Unies, des organisations régionales et le pays où se déroulent ces opérations. L'idée de base est qu'une personne ne peut pas être transférée s'il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être victime de persécutions, de torture, de traitements cruels, inhumains ou dégradants ou d'exécution arbitraire. Dans le cadre des opérations militaires en cours en Afghanistan, en Irak, au Soudan ou au Tchad, la difficulté est de trouver des solutions pratiques pour concilier à la fois l'objet et le but de ces opérations et leurs limites intrinsèques. Les forces internationales ne sont pas particulièrement aptes, ni enclines, à détenir des personnes et ont des difficultés à faire appliquer toutes les normes relatives aux droits fondamentaux de l'homme dans un pays étranger ravagé par la guerre. Il se peut toutefois qu'elles n'aient juridiquement pas le droit de remettre des détenus au pays dans lequel elles se trouvent. À tout le moins, les obligations juridiques dans de telles situations ne devraient pas avoir pour résultat pernicieux d'inciter à ne faire aucun prisonnier.

À l'échelon des Nations Unies, la création d'un Conseil des droits de l'homme il y a deux ans a suscité l'espoir d'un débat multilatéral plus efficace et moins politisé sur les droits de l'homme. L'année 2008 touchant à sa fin, le Conseil a presque terminé la mise en place de ses institutions et son mécanisme d'examen périodique universel favorise une approche plus impartiale et coopérative. Cependant, le Conseil se heurte encore à des obstacles majeurs lorsqu'il porte son attention sur des questions et des situations urgentes sur le plan des droits de l'homme. De surcroît, l'universalité des droits de l'homme est de plus en plus remise en question au sein du Conseil, car bon nombre de pays soulignent la nécessité de prendre en considération les particularités culturelles et religieuses dans l'interprétation de ces droits. Les sessions spéciales du Conseil des droits de l'homme ont notamment montré qu'à l'instar de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies qui l'a précédé, cet organe demeure profondément divisé du point de vue politique. Les États-Unis ont même abandonné leur statut d'observateur au sein du Conseil.

Les positions des États divergent également quant à savoir dans quelle mesure le Conseil et, en premier lieu, les titulaires de mandats au titre des procédures spéciales devraient prendre en considération le droit international humanitaire. Certains États craignent que le traitement sélectif de certaines situations de conflit armé, en particulier au Moyen-Orient, ne politise davantage encore le Conseil, alors que d'autres, sachant la position de force qu'ils occupent au sein de cet organisme, sont favorables à des discussions sur l'application du droit international humanitaire. Tout au moins, le Conseil ne devrait pas assumer la fonction des différents organes qui ont été créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme et qui garantissent une certaine impartialité dans ce débat souvent politisé.

Le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) a pour mandat d'assumer les tâches qui lui sont reconnues par les Conventions de Genève et de travailler à l'application fidèle du droit international humanitaire. Il n'a reçu aucun mandat similaire en vertu du droit international des droits de l'homme, quoique son droit d'initiative humanitaire, de portée plus générale, et son rôle reconnu dans les situations de violence interne l'aient amené à agir dans de nombreuses situations qui ne sont pas considérées comme des conflits armés. Le CICR, tout comme les forces armées, se sent naturellement plus à l'aise avec le droit international humanitaire, car cette branche du droit a évolué en concomitance avec l'institution et ses activités opérationnelles.

Dans la pratique, le CICR a souvent eu recours à des expressions générales telles que « normes reconnues au niveau international » ou « principes humanitaires », au lieu de se référer explicitement au droit international des droits de l'homme. Il craignait de s'exposer à un risque de politisation en invoquant directement les droits de l'homme. Cela a été et reste le cas, surtout dans les

instances multilatérales qui sont étroitement liées au système –inévitablement politisé – des Nations Unies. De même, s’il s’engage en faveur des droits de l’homme, il prend le risque d’être associé ou assimilé à des organisations non gouvernementales de défense des droits de l’homme dont les méthodes de travail diffèrent des siennes, en particulier celle de la dénonciation publique. De telles méthodes contrastent avec celle que privilégie le CICR, la confidentialité dans des démarches bilatérales. Qui plus est, le droit des droits de l’homme confère aux individus des droits que les États doivent respecter, alors que le droit humanitaire régit les relations entre les États et les autres parties à un conflit armé.

Néanmoins, l’importance croissante des droits de l’homme – au regard de leur complémentarité avec le droit humanitaire, de la jurisprudence des tribunaux des droits de l’homme et du principe d’application extraterritoriale – doit être prise en compte et apporte effectivement un nouvel éclairage sur les obligations juridiques des parties à un conflit armé et les droits des victimes du conflit. Les règles fondamentales relatives aux droits de l’homme, en particulier celles qui protègent les personnes dans les situations de violence (par exemple les dispositions portant sur le droit à la vie, à l’intégrité physique et morale et à la dignité ; au recours à la force pour garantir le respect du droit ; et aux personnes portées disparues), sont comparables aux règles du droit international humanitaire, ont des origines similaires et s’appliquent dans une large mesure à de nombreuses activités menées actuellement par le CICR. En outre, dans les situations qui ne sont pas considérées comme des conflits armés, où les forces de police – parfois soutenues ou relayées par les forces armées – interviennent pour maintenir ou rétablir l’ordre, seuls la législation nationale et le droit des droits de l’homme sont applicables et fournissent les points de référence et les normes communes nécessaires pour engager un dialogue avec les autorités. Dans de tels cas, le CICR peut explicitement faire référence aux règles énoncées dans les traités relatifs aux droits de l’homme ou à des normes non contraignantes (*soft law*) pour améliorer la protection des personnes dans le cadre spécifique de ses activités, tout en réaffirmant son identité indissociable du droit international humanitaire.

Toni Pfanner
Rédacteur en chef

DROITS DE L'HOMME

Interview de Luis
Alfonso De Alba*

L'ambassadeur Luis Alfonso De Alba a été le premier président du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, du 19 juin 2006 au 18 juin 2007. Durant cette période, le Conseil a été chargé par l'Assemblée générale de concevoir les nouvelles institutions du système international des droits de l'homme, tout en assumant son mandat, qui consiste à promouvoir le respect et la défense des droits de l'homme. L'ambassadeur De Alba est entré dans le Service diplomatique mexicain en 1981 et, depuis 2004, il est le Représentant permanent du Mexique auprès des Nations Unies et d'autres organisations internationales à Genève. Au cours de sa carrière, il a participé à de nombreuses réunions multilatérales, au niveau mondial et régional. Il a notamment été président du Conseil de l'Organisation internationale pour les migrations lors de ses 88^e et 89^e sessions (novembre 2004 à novembre 2005) et a présidé la Commission du désarmement et de la sécurité internationale (première Commission) de l'Assemblée générale lors de sa 59^e session (2004).

: : : : : :

On reprochait à l'ancienne Commission des droits de l'homme d'être politisée et inefficace. Son successeur, le Conseil des droits de l'homme, représente-t-il un progrès ?

La Commission des droits de l'homme a beaucoup contribué à la promotion des droits de l'homme, non seulement en créant des instruments et des mécanismes, mais également en ralliant la communauté internationale à l'idée que les droits de l'homme sont quelque chose d'important qu'il nous incombe à tous de protéger. Il ne faudrait pas sous-estimer, mal comprendre ou oublier l'héritage de la Commission. Il est vrai toutefois qu'au cours de ses cinq ou dix dernières années, son fonctionnement a été entravé par une politisation croissante.

* L'interview a été réalisée le 24 juillet 2008 par Toni Pfanner, rédacteur en chef de la *Revue internationale de la Croix-Rouge*.

La version originale anglaise de l'interview a été publiée dans : *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N° 871, septembre 2008, pp. 489-499.

Par politisation, il faut entendre que la cause des droits de l'homme était utilisée comme instrument politique plutôt que comme moyen de changer la situation des victimes. Les États étaient beaucoup plus intéressés à condamner ou à éviter d'être condamnés pour des raisons politiques qu'à rechercher les domaines dans lesquels des améliorations étaient nécessaires. La Commission était également politisée au niveau de la sélectivité. Certains pays se voyaient imposer des examens spéciaux, des procédures spéciales et la nomination de rapporteurs spéciaux ou d'experts, alors que d'autres, dont le bilan des violations des droits de l'homme était semblable ou même pire, n'étaient jamais soumis à un examen. En fin de compte, c'était toujours des pays occidentaux qui mettaient des pays en développement en difficulté.

L'examen périodique universel est-il la réponse du Conseil à ce manque d'impartialité ?

Oui et non. Il y a deux questions distinctes. Nous devons nous occuper de tous les droits de l'homme en tous endroits et en toutes circonstances. Une approche équilibrée et l'égalité de traitement sont indispensables pour toutes les questions et tous les mécanismes. Pour éviter la sélectivité, nous présupposons qu'aucun pays n'est parfait et que chacun d'entre eux peut améliorer la situation des droits de l'homme sur son territoire. L'examen périodique universel répond à cette idée, puisqu'il évalue comment chaque État remplit ses obligations et ses engagements en matière de droits de l'homme. C'est un exercice sur la durée, qui demande beaucoup de temps. Le premier examen des 192 États pourra être terminé au plus tôt dans quatre ans, en 2011.

Mais cela ne veut pas dire que des pays qui ont des problèmes différents se voient prescrire les mêmes remèdes. On peut traiter les États équitablement, mais il ne faut pas utiliser le même outil face à une simple crise ou en cas de graves violations. Si vous avez une crise ou une urgence, vous ne pouvez pas attendre que le processus d'examen universel s'en occupe. Maintenant, nous avons la possibilité d'aborder les situations de crise lors de chaque session du Conseil et même en convoquant des sessions spéciales, qui ont pris une autre forme depuis l'époque de la Commission. En 60 ans, la Commission n'a organisé que cinq sessions spéciales, alors que le Conseil en a déjà convoqué sept en l'espace de deux ans.

Quatre des sept sessions spéciales du nouveau Conseil concernaient le Moyen-Orient et Israël.

En fait, c'est plutôt trois pour le même contexte, pas plus. Trois ont été consacrées à la situation en Palestine et la quatrième était une session de suivi. L'une des sessions spéciales était très différente, car elle traitait de l'invasion du Liban. Mais finalement, on peut dire que quatre sessions ont eu trait au Moyen-Orient. Nous en avons eu une autre sur le Darfour, une sur le Myanmar et, enfin, une session thématique à porté sur la crise alimentaire mondiale.

Il est devenu beaucoup plus facile de convoquer une session spéciale, car le nombre d'États membres nécessaires a été réduit à un tiers seulement des

membres du Conseil. Mais l'approche a également changé. Nous avons créé la possibilité d'organiser des sessions thématiques et plus seulement des sessions consacrées à la situation dans un pays donné. Et pour les sessions spéciales, nous avons adopté une approche différente. Nous mettons moins en exergue l'importance ou la gravité d'une situation, par contre, nous essayons de réagir rapidement. Cette rapidité de réaction peut nous permettre d'avoir une action de prévention, plutôt que de nous borner à déplorer ce qui s'est passé.

Les États-Unis ont annoncé qu'ils s'étaient retirés totalement du Conseil des droits de l'homme et qu'ils avaient renoncé à leur statut d'observateur, et le Sénat américain a décidé par un vote de couper les fonds alloués au Conseil. Quelle a été l'influence du retrait des États-Unis sur le Conseil des droits de l'homme ?

Si je me souviens bien, les États-Unis appuyaient l'idée que le Conseil devienne l'un des organes principaux du système des Nations Unies. Lors des négociations sur la résolution qui créait le Conseil, ils ont indiqué dès le départ qu'ils voulaient un organe beaucoup plus petit que le Conseil actuel, qui compte 47 membres. Nous avons largement tenu compte des préoccupations des États-Unis, car nous avons accepté de réduire le nombre de membres et nous avons procédé à d'autres changements. Aujourd'hui, il est bien plus difficile de devenir membre du Conseil, car il faut un soutien beaucoup plus important pour pouvoir être élu. Les États doivent obtenir la majorité qualifiée. Nous demandons aussi à chaque pays de fonder sa campagne uniquement sur sa contribution à la promotion et à la défense des droits de l'homme et sur les engagements volontaires qu'il a pris à cet égard. Enfin, l'Assemblée générale peut priver tout membre qui commet des violations graves et systématiques des droits de l'homme des droits dont il bénéficie en tant que membre du Conseil.

Ces mesures permettaient, à l'époque, de répondre aux préoccupations des États-Unis au regard des positions d'autres pays qui défendaient des idées différentes, par exemple une participation universelle. Néanmoins, les États-Unis ont énormément contribué à la création du Conseil et je peux dire franchement qu'ils étaient favorables à une bonne partie des propositions avancées pour sa mise sur pied. Mais au dernier moment, ils s'y sont opposés. J'espère qu'ils vont renoncer à exiger une diminution des membres et qu'ils vont s'intéresser davantage aux fonctions du Conseil. Nous allons faire un bilan dans trois ans et j'espère que, d'ici là, ils verront les choses différemment.

L'une des raisons de l'opposition des États-Unis, c'est que le Moyen-Orient a pris trop d'importance. Le Conseil des droits de l'homme, comme son prédécesseur, a été critiqué principalement par des pays occidentaux qui lui reprochent de trop se concentrer sur Israël.

Tout d'abord, la façon dont le Conseil traite la situation d'Israël ou du Moyen-Orient n'est pas celle de la Commission. Nous avons fait un effort, qui se reflète dans notre ordre du jour. Auparavant, la Commission ne s'intéressait qu'aux violations commises par Israël et pas à celles qui étaient commises par

les Palestiniens ou d'autres parties. Au Conseil, nous parlons de la situation des droits de l'homme dans l'ensemble du Moyen-Orient, donc un contexte beaucoup plus vaste, et des violations commises par toutes les parties. Il s'agit de changements importants qui ont été acceptés par consensus par tous les membres du Conseil, y compris les membres de l'Organisation de la conférence islamique (OCI).

Deuxièmement, nous avons probablement réagi trop rapidement au début, sans persister dans nos efforts pour concilier les différentes positions. Mais c'était dû à une situation et à un contexte particuliers. Le Conseil en était à ses premiers pas et une crise se déroulait pendant sa première session : l'invasion de Gaza. Nous discutons d'un document dont l'un des chapitres était consacré au Moyen-Orient et nous étions proches d'un consensus. Le Groupe occidental était totalement sur la défensive et un groupe de pays, notamment des membres de l'OCI, avait un nouvel outil en mains : une session spéciale pouvait être demandée par 16 membres seulement. Nous n'étions même pas arrivés à la fin de la première session du Conseil qu'ils demandaient déjà la première session spéciale. Et juste après, la deuxième en août 2007. L'ambassadeur du Pakistan, qui était le coordonnateur de l'OCI, a reconnu publiquement, quelques mois plus tard, que l'on n'avait pas fait suffisamment d'efforts pour parvenir à un consensus.

Le Conseil semble être divisé sur le plan politique et une forte tendance à la constitution de blocs subsiste. Comment pourrait-on surmonter ces divisions ?

La constitution de blocs est un problème qui touche l'Organisation des Nations Unies dans son ensemble, pas seulement le Conseil des droits de l'homme, et il sera très difficile d'y échapper. L'Union européenne se trouve aussi devant un énorme dilemme en ce qui concerne les blocs. D'une part, c'est un grand succès pour elle que d'avoir adopté une politique commune sur les droits de l'homme. D'autre part, cette politique commune est la position d'un bloc et exprime le plus petit dénominateur commun.

Les blocs sont aussi un bon instrument pour les petits pays, qui n'ont pas les ressources nécessaires pour traiter seuls plusieurs questions simultanément. Les positions de groupe de ces petits pays peuvent représenter une couverture très importante, même une couverture offensive.

La seule façon de réduire l'importance d'une position de bloc est de développer dans les différents pays un sens individuel de la responsabilité pour l'avenir des droits de l'homme. Tous les pays du Conseil doivent être concernés, les plus grands comme les plus petits. Il faut en outre encourager les liens interrégionaux et un sens global des responsabilités, ce que nous avons fait, dans une certaine mesure, au sein du Conseil. Les principes de la constitution du Conseil nous y obligent, en raison de la règle du consensus. Nous avons été contraints de trouver dans chaque région des pays qui peuvent interagir avec d'autres régions et commencer à développer ce sens des responsabilités, tout d'abord d'une responsabilité individuelle, puis d'une responsabilité collective.

Une autre question très controversée a été la résolution sur la lutte contre la diffamation des religions. À nouveau, certains pays occidentaux ont déclaré que la résolution étouffait la liberté d'expression et que, au lieu de promouvoir les droits individuels, elle ne se référait qu'à l'islam. Craignez-vous que les droits de l'homme ne perdent leur valeur universelle, restreinte par des considérations religieuses ou culturelles ?

C'est un risque. Je préférerais que l'on voie cette question en termes de dialogue entre les civilisations sur des questions religieuses. Si vous parlez de question religieuse, cela ne reflète pas vraiment la réalité – ce n'est pas un problème entre religions ou entre les droits de l'homme et une religion quelconque. En outre, cette thématique est aussi très liée à des stéréotypes et des événements en relation avec la lutte contre le terrorisme.

Pour parler des droits de l'homme et de la religion, je pense qu'il faut prendre en compte toutes les religions et toutes les attitudes. Cela dit, c'est un problème dans la mesure où de nombreux pays ont immédiatement soutenu l'OCI pour cette raison même. Ils se sentent menacés et nous devons apaiser ces craintes. Se sentant menacés, ils se sont tout de suite regroupés et ont adopté une position très dure. Le mandat du Rapporteur spécial sur la liberté d'expression et le paragraphe concerné ne visent pas à promouvoir la liberté d'expression, mais à éviter ses excès qui pourraient avoir des effets négatifs sur le plan de la discrimination raciale ou religieuse. Cette question démontre bien que le risque de division du Conseil existe.

Croyez-vous que beaucoup de pays perçoivent les droits de l'homme comme une menace pour leur développement ou leur culture ?

Tout pays, qu'il soit industrialisé ou en développement, est prudent en matière de droits de l'homme. Les droits de l'homme touchent à la relation entre le citoyen et l'État, et tout État a une certaine appréhension face aux droits de l'homme. Ce n'est pas un domaine comme le développement, où l'on peut dire que l'État a pris la bonne ou la mauvaise décision. Même si les droits de l'homme sont encore un sujet dont on peut parler avec un gouvernement, souvent l'État essaie de se défendre aux dépens de ses propres citoyens lorsque des droits fondamentaux sont en jeu. La seule issue consiste à dire qu'il existe des valeurs qui ne sont pas nécessairement universelles. Toutefois, nous avons toujours reconnu qu'il existe des valeurs universelles en acceptant la Déclaration universelle, en adoptant des solutions universelles, en développant ce système, donc il y a là une contradiction.

S'agissant des droits de l'homme en eux-mêmes, rares sont ceux qui remettraient leur importance en question. Par contre, pour ce qui est de leur application, les approches peuvent diverger.

Il y a des gouvernements qui se sont franchement engagés en faveur des droits de l'homme et d'autres un peu moins. Toutefois, la volonté n'est pas suffisante, il faut aussi être capable de les mettre en pratique. Certains gouvernements démontrent un engagement politique, mais aucune capacité de mise en œuvre.

Ils ne trouvent pas les bonnes solutions ou ne disposent pas des ressources humaines, financières ou juridiques nécessaires pour faire face à leurs obligations en matière de droits de l'homme.

Ce qui a changé, c'est que nous avons tous accepté qu'il existe certaines normes minimales que nous considérons comme des valeurs universelles et qui *doivent* être respectées. Nous avons tous reconnu que, s'agissant de ces valeurs, aucune excuse n'est valable et qu'elles doivent être appliquées en toutes circonstances. Notre tâche consiste maintenant à passer au niveau supérieur et à faire en sorte que ces valeurs soient véritablement respectées et mises en pratique. C'est pourquoi l'idée de dialogue et de coopération au sein du Conseil est si importante.

Pensez-vous que le passage de la condamnation à la collaboration a fait ses preuves ?

Les États membres, les organisations non gouvernementales (ONG) et même le Secrétariat sont encore divisés. La plupart pensent que les ressources sont bien mieux utilisées en encourageant le dialogue et la coopération plutôt que la dénonciation publique. Toutefois, nous devons véritablement comprendre tout ce qu'impliquent le dialogue et la coopération. Beaucoup de voix s'élèvent encore pour dire que le dialogue et la coopération ne vont pas fonctionner parce qu'ils permettront aux violations les plus graves de se poursuivre ou qu'ils retarderont les solutions parce qu'il faudra beaucoup plus de temps pour faire changer les choses. Je pense que le dialogue et la coopération sont l'approche de notre époque et que celle-ci ne sera pas forcément laxiste. C'est une démarche fondée sur la collaboration qui reconnaîtra les possibilités qui se présenteront d'apporter des changements sur le terrain et qui ne se contentera pas de dénoncer les coupables.

Comment voyez-vous la participation des ONG à ce nouveau processus ?

Juste après la réunion que nous avons eue avec les organisations des droits de l'homme, j'ai présenté ce processus de dialogue aux ONG comme un instrument supplémentaire auquel elles peuvent avoir recours. Elles continueront à utiliser le système de dénonciation publique, mais s'en tenir à cela ne contribue pas beaucoup à la défense des droits de l'homme. Si elles font un pas de plus et nouent un dialogue avec le pays concerné, elles participent à la recherche de solutions. Pour promouvoir les droits de l'homme, il faut mettre sur pied des institutions et des systèmes d'éducation, et il faut encourager les mesures législatives qui permettront d'améliorer la situation. Il ne suffit pas de clouer un pays au pilori.

La participation de la société civile au Conseil doit être vue par rapport à ce qu'elle était à la Commission. Maintenant, elle implique une interaction avec les procédures spéciales, les rapporteurs spéciaux et d'autres mécanismes; ces possibilités d'interaction existent lors de chaque session du Conseil. C'est une immense amélioration. Les organisations de la société civile, ou les ONG, sont présentes à chaque session du Conseil et peuvent rencontrer les gouverne-

ments et dialoguer avec eux. Les ONG ne sont plus reléguées dans une partie de la session à laquelle les gouvernements pourraient assister, ou ne pas assister, pour voir ce que les ONG pensent d'un problème particulier.

Pourtant, la participation des ONG à l'examen périodique universel est très limitée.

La participation de la société civile à l'examen périodique universel lui-même est quelque chose de tout à fait différent. À l'origine, la proposition était celle d'un examen par les pairs, c'est ce qu'avait suggéré le Canada. Par définition, un examen par les pairs ne prévoit pas la participation d'ONG. Donc nous avons dû faire évoluer ce concept pour que la société civile puisse prendre part à cet exercice. Nous avons éliminé la référence aux pairs et avons accepté un concept très progressiste. L'examen périodique universel est réalisé sur la base de trois documents qui sont présentés l'un par la société civile, un autre par le gouvernement soumis à l'examen et le troisième par le Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme. C'est une étape historique pour les Nations Unies, car nous avons donné un statut officiel aux contributions des ONG. Maintenant, celles-ci disposent d'au moins 20 minutes en séance plénière. Je voulais que la société civile puisse également intervenir dans les groupes de travail, mais cela n'a pas été possible, donc pour le moment, elle n'y participe pas.

Au Conseil des droits de l'homme, fait-on une différence entre les États qui ont une cour des droits de l'homme au niveau régional, comme celles qui existent en Europe, dans les Amériques et en Afrique, et d'autres États qui ne devront peut-être répondre de violations des droits de l'homme que devant le Conseil des droits de l'homme ?

Étant ressortissant d'un des pays qui disposent d'un système régional des droits de l'homme au niveau interaméricain, je crois que le fait d'être obligé d'adopter des lois et des procédures que d'autres pays n'ont pas peut être positif pour le développement induit par les institutions et la législation d'un État. Dans ce sens, il est plus facile de travailler avec des États qui sont intégrés dans système régional des droits de l'homme. En même temps, la Cour européenne ou la Cour interaméricaine sont associées à des affaires judiciaires, beaucoup plus qu'à des politiques. Inversement, le Conseil des droits de l'homme s'occupe beaucoup plus de politiques que d'affaires judiciaires.

Il est clair aussi que certains pays ont des cadres institutionnels, notamment juridiques, beaucoup plus développés que d'autres. Mais tous les États se sont engagés à résoudre les problèmes fondamentaux et c'est cet aspect que nous devons renforcer. Les différences principales entre les États proviennent plutôt de leur culture, de leur religion ou de leur façon de concevoir les droits de l'homme.

La plupart des situations sur lesquelles ont porté les sessions spéciales étaient liées à la guerre – Soudan, invasion du Liban, Israël et les territoires

occupés, etc. Ce sont des situations de conflit armé régies par le droit international humanitaire. De nombreux États sont réticents à traiter du droit humanitaire dans une enceinte des droits de l'homme.

Certains États s'opposent à ce que l'on traite du droit international humanitaire au Conseil, alléguant que l'on peut faire une nette distinction entre les droits de l'homme et le droit humanitaire. Mais la majorité reconnaît que ces deux branches du droit sont liées et il est très difficile d'affirmer que les droits de l'homme sont moins pertinents dans une situation de conflit. Le droit humanitaire s'applique spécifiquement au conflit armé et contient des règles fondamentales qui protègent les droits des victimes. La perspective des droits de l'homme est plus large. C'est pourquoi nous faisons constamment référence à la promotion et à la protection de ces deux branches du droit. Par exemple, dans un conflit armé comme celui du Darfour, il n'est pas toujours possible de faire une distinction entre la violation des droits de l'homme et celle du droit humanitaire. Il faut préserver l'autorité du cadre juridique contraignant que constitue le droit humanitaire, mais aussi avoir recours à la pression politique que permet le mécanisme des droits de l'homme. Je ne suis pas juriste, mais les droits de l'homme ne pourraient que profiter de l'optique qui est celle du droit international humanitaire. Inversement, je ne vois pas comment la discussion sur les conflits armés et le droit humanitaire pourrait nuire à la mise en œuvre de ce dernier. Ce qui pourrait causer problème, c'est de diminuer la capacité des traités existants à assurer un suivi ou à faire respecter leurs obligations.

Néanmoins, nous avons un problème au niveau institutionnel, qui concerne l'examen périodique universel. Pour procéder à cet examen, nous devons prendre en compte les principes du droit international, notamment du droit humanitaire.

La création du Conseil des droits de l'homme a eu des effets sur le système des Nations Unies dans son ensemble. Quels sont les ajustements auxquels il faut procéder? Comment voyez-vous l'évolution des relations entre le Haut Commissariat aux droits de l'homme et le Conseil?

Nous ne sommes qu'au début des ajustements. C'est probablement le domaine dans lequel nous avons le moins progressé jusqu'à présent. Nous avons passé la première année à mieux connaître cette institution, à la construire et à résoudre les crises. Le fait que nous ayons pu adopter les mesures par consensus est un signe très important. Personne ne s'imaginait que ce serait possible, même pas moi. Maintenant, nous avons un organe qui se réunit beaucoup plus souvent – ce qui exige des efforts de la part des gouvernements – et qui fait preuve d'une plus grande ouverture. Le degré de participation de la société civile a aussi totalement changé.

Le Conseil se heurterait à de multiples difficultés sans un Commissariat aux droits de l'homme fort, et inversement. Ils dépendent l'un de l'autre. Le Haut Commissariat offre des services de secrétariat au Conseil qui sont importants. Il sera indispensable que le Commissariat apporte son soutien au cours des différents stades de mise en œuvre de l'examen périodique universel. Nous

devons nous mettre d'accord sur ce que le Commissariat fera pour assurer un suivi dans chacun des pays afin d'atteindre les objectifs et d'appliquer les recommandations, etc.

Le Commissariat travaille essentiellement dans trois domaines. Premièrement, les relations avec le Conseil et le soutien concret au Conseil. Deuxièmement, les opérations sur le terrain, notamment par ses bureaux régionaux et locaux. Troisièmement, les relations avec tous les autres organes de l'ONU, notamment le Secrétaire général, le Conseil de sécurité, etc. Auparavant, je dirais qu'il consacrait quelque 10 % de son temps aux relations avec la Commission, 40 % aux opérations sur le terrain et 50 % au travail pour les autres organes de l'ONU. Actuellement, cela devrait être l'inverse : le Commissariat travaille essentiellement pour le Conseil et beaucoup moins pour les opérations et les autres organes. À cause de la nouvelle dynamique du Conseil et de la nécessité pour le Commissariat de travailler davantage sur les questions de fond, je conseillerais même d'oublier les services de conférence. Le soutien offert par le Commissariat au Conseil des droits de l'homme devrait être consacré entièrement aux questions de fond.

C'est également important du point de vue politique, car le Haut Commissaire reste une personnalité en vue. Il doit se faire le promoteur des droits de l'homme, sans oublier qu'il occupe un poste de fonctionnaire international. Le lien avec les gouvernements, ce n'est pas la tâche des ONG, et le Commissariat n'est pas un tribunal. Cet équilibre au sein du Commissariat est important à deux égards : comment devrait-on structurer le Commissariat pour qu'il puisse mieux soutenir le Conseil et comment faut-il développer les relations, notamment les relations personnelles, entre le Haut Commissaire et le Conseil. Actuellement, diverses tendances s'expriment. Certains pays voudraient faire du Conseil le conseil d'administration du Commissariat – c'est l'un des extrêmes. L'autre consisterait à dire que le Commissariat est indépendant et autonome et ne devrait pas être lié au Conseil, ou en tout cas pas étroitement. Ces deux extrêmes sont impossibles à défendre. La résolution qui a créé le Haut Commissariat ne parle pas d'indépendance ; le Commissariat n'est pas autonome, mais fait partie du Secrétariat de l'ONU.

Les activités du Conseil ne font-elles pas double emploi avec celles de la troisième Commission (questions sociales, humanitaires et culturelles) de l'Assemblée générale ?

Certains prétendaient que la troisième Commission pourrait être déchargée des droits de l'homme puisque le Conseil la remplace dans ce domaine. Une autre position, moins extrême et que je pourrais mieux accepter, consiste à dire qu'il faudrait procéder à une division du travail entre le Conseil et la troisième Commission. Cette dernière présente deux avantages dont nous pouvons profiter. Le premier, c'est qu'elle se réunit à New York et est donc plus proche des organes politiques de l'ONU, tels que l'Assemblée générale, le Conseil de sécurité et le Secrétaire général. Le deuxième, c'est qu'elle est universelle de par ses membres, ce qui n'est pas le cas du Conseil. En tenant compte de ces

deux éléments, on peut envisager une division du travail qui tiendrait compte des tâches que la troisième Commission serait mieux à même de réaliser que le Conseil.

Mais ce sont souvent les mêmes personnes qui siègent au Conseil et à la troisième Commission.

Non, en général ce n'est pas le cas. Les pays industrialisés qui envoient les mêmes personnes dans les deux instances sont très rares. La plupart des pays ont des délégations et des approches différentes. Parfois, vous avez même l'impression d'avoir affaire à deux pays différents, car certaines délégations ne communiquent pas entre Genève et New York.

Vous devez déterminer quelles sont les questions qui relèvent de la troisième Commission et ce sont principalement des fonctionnaires généraux du gouvernement qui s'en occupent. Ce qui se passe, c'est que certains pays – au début essentiellement le Groupe africain, mais actuellement aussi plusieurs pays occidentaux – voudraient que la troisième Commission contrôle le Conseil des droits de l'homme, qu'elle soit placée à un deuxième niveau, un niveau supérieur, et qu'elle soit en mesure de modifier les positions du Conseil. Or, cela reviendrait à amoindrir l'autorité du Conseil et limiterait de façon draconienne ses chances de devenir l'un des organes principaux des Nations Unies.

Les droits de l'homme deviennent-ils l'un des piliers du système international ?

La décision politique de faire des droits de l'homme l'un des trois piliers de l'action collective a été prise, mais sa mise en œuvre est encore incertaine. Elle a été adoptée par plus de 150 chefs d'États participant au Sommet mondial de 2005 au siège des Nations Unies à New York et a été confirmée par l'Assemblée générale des Nations Unies. L'approche en trois volets de l'action collective s'articule sur l'idée qu'il ne peut pas y avoir de développement sans sécurité, pas de sécurité sans développement, et pas de développement ni de sécurité sans la défense et le respect universels des droits de l'homme. C'est un engagement politique qui a de nombreuses implications. Et le Conseil nouvellement créé devrait promouvoir une véritable coordination et accorder une place importante aux droits de l'homme dans le système des Nations Unies.

Malheureusement, à cause des réalités du terrain, le moment n'était pas favorable à la promotion des droits de l'homme. D'une part, une approche plus universelle des droits de l'homme et le niveau de développement des relations politiques entre États a permis de parvenir à un accord pour intégrer les droits de l'homme dans l'action collective. D'autre part, en raison de la lutte contre le terrorisme et des préoccupations soulevées par les migrations et diverses autres questions, ce n'était pas forcément le meilleur moment pour promouvoir les droits de l'homme. Certains des défenseurs des droits de l'homme qui ont contribué à développer ces principes sont dans l'expectative ou, parfois, font même machine arrière. Actuellement, des éléments négatifs et positifs coexistent. Néanmoins, il est très important de saisir cette chance de promouvoir les droits de l'homme sur le plan universel. Ce n'est plus un groupe de pays

qui défend un idéal. Maintenant, c'est la communauté internationale dans son ensemble qui comprend que, sans les droits de l'homme, la paix et la sécurité ne sont pas possibles, et de ce fait, le développement non plus.

Si les droits de l'homme devenaient progressivement un pilier du système international, ceci pourrait créer des tensions avec d'autres piliers, par exemple la paix et la sécurité, sans parler de la juridiction pénale internationale. Craignez-vous une ingérence politique encore plus grande dans les affaires du Conseil ?

Il y a toujours des tensions. Mais il faut les voir comme une chance et utiliser l'instrument adapté aux circonstances. Lorsqu'il y a un conflit, vous souhaitez promouvoir la paix et la sécurité et parvenir à un accord dans le pays ou la région en cause. Par exemple, l'inculpation de l'un des protagonistes principaux par la Cour pénale internationale est une décision qui ne peut être prise qu'en accord avec le Statut de Rome, qui prévoit des exceptions, et le Conseil de sécurité pourrait la différer. C'est un système que nous avons accepté et qui lie toutes les parties intéressées. Mais dans le domaine des droits de l'homme, vous avez un peu plus de souplesse, parce que, dans une certaine mesure, vous pouvez choisir le moment le plus opportun. C'est la grande différence que nous avons mentionnée lorsque nous parlions du Darfour avec le Haut Commissaire. Comme membre de la Cour, vous n'avez pas le choix. C'est noir ou blanc : il y a un crime à poursuivre et vous êtes obligé de le faire. En matière de droits de l'homme, la situation n'est pas aussi absolue. Vous devez tenir compte des perspectives à moyen et à long terme. En fin de compte, il ne s'agit pas seulement des responsabilités, mais également des droits collectifs, qui peuvent avoir une place importante.

À votre avis, quelle sera la situation des droits de l'homme dans dix ans ?

J'espère que la paix et la sécurité s'étendront, permettant un plus grand développement. Je souhaite également que les droits de l'homme soient renforcés et deviennent un pilier égal à celui de la paix et de la sécurité. Mais la promotion de la paix et de la sécurité s'appuie sur un certain nombre d'outils mis en place par le Conseil de Sécurité et il serait très difficile de créer des outils semblables pour les droits de l'homme. Ce qui m'encourage, c'est que les droits de l'homme deviennent un sujet de préoccupation pour tous et qu'ils ne sont plus une idée défendue uniquement par un groupe de pays. Maintenant, tous les membres des Nations Unies sont très conscients de l'importance des droits de l'homme. Même si certains États sont beaucoup plus actifs que d'autres pour défendre ces droits et que des pays réduisent même leur protection, d'une façon générale, le sentiment qu'un monde de paix et de progrès est inconcevable sans les droits de l'homme se répand de plus en plus. Nous sommes partis de la Déclaration universelle des droits de l'homme, qui reflétait ce qu'un groupe de personnes très éloquents représentant un nombre limité de pays pensait qu'il fallait faire et ne pas faire, pour arriver à une situation où 192 pays, de cultures et de traditions différentes, s'engagent tous à respecter des normes minimales de

comportement dans les relations entre le citoyen et l'État, c'est vraiment une grande réussite.

Maintenant, il s'agit d'accélérer ce processus. Les outils existent, mais en raison du retrait des États Unis et de certaines difficultés d'ordre procédural, le processus risque de prendre beaucoup de temps. Je crains que, dans trois ans, nous ne soyons pas encore prêts à passer à l'étape suivante, comme nous l'envisagions il y a deux ans. En d'autres termes, nous allons dans la bonne direction, mais les progrès sont beaucoup plus lents que prévus.

Droits de l'homme et droit humanitaire : des affinités électives ?

Cordula Droege*

Dr Cordula Droege est conseillère juridique au sein de la division juridique du Comité international de la Croix-Rouge.

Résumé

La relation entre le droit international humanitaire et le droit international relatif aux droits de l'homme est marquée, dans la plupart des cas, par la complémentarité et l'influence mutuelle. Lorsqu'il y a contradiction entre ces deux branches de droit, c'est la norme la plus spécifique (lex specialis) qui l'emporte. Cet article cherche à établir laquelle de ces deux branches de droit est la plus spécifique en fonction de la situation. L'auteur examine aussi cette problématique sous l'angle de la procédure, en particulier en ce qui concerne les règles régissant les enquêtes sur les allégations d'infraction, l'accès aux tribunaux pour les victimes supposées, et les réparations en cas de violation.

⋮⋮⋮⋮⋮

Par tradition, le droit international relatif aux droits de l'homme¹ et le droit international humanitaire² sont deux branches du droit séparées, qui traitent de sujets différents et qui ont des racines distinctes ; elles ont longtemps évolué sans s'influencer mutuellement. La situation, cependant, a changé : un coup d'œil rapide sur l'évolution historique et sur des affaires récentes montre qu'il ne fait aujourd'hui aucun doute – quel qu'ait été le point de vue des gouvernements en 1864, en 1907 ou en 1949 – que le droit des droits de l'homme complète

* Cet article reflète les opinions de l'auteur et non pas nécessairement celles du CICR. Certains passages ont déjà été publiés dans « The Interplay between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflict », *Israel Law Review*, vol. 40 (2007), pp. 310-355. Original anglais, publié sous le titre « Elective affinities? Human rights and humanitarian law », *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N° 871, septembre 2008, pp. 501-548.

le droit international humanitaire dans les situations de conflit armé. Dans les instances juridiques internationales, la jurisprudence – depuis le rapport de la Commission européenne des droits de l’homme sur le nord de Chypre après l’invasion turque³ jusqu’aux décisions ultérieures, nationales et internationales, sur les territoires palestiniens, l’Irak, la République démocratique du Congo ou la Tchétchénie – ne laisse aucun doute quant à l’applicabilité des droits de l’homme aux situations de conflit armé.

En un mot, ces deux régimes juridiques se recourent, mais comme ils n’ont pas nécessairement été conçus à cette fin à l’origine, il convient de s’interroger sur la manière dont ils peuvent être conciliés et harmonisés. Comme l’a écrit M. Bothe :

... le droit international évolue en fonction des événements, des possibilités et des idées. C’est ce qui explique sa fragmentation en un grand nombre de régimes de traités créés à telle ou telle occasion précise, traitant de problèmes spécifiques suscités par des événements concrets. Mais comme tout est lié, ces régimes se recourent. On s’aperçoit alors que les règles ne sont pas toujours cohérentes, mais qu’elles peuvent aussi se renforcer mutuellement. La question se pose donc de savoir s’il y a conflit et tension, ou plutôt synergie, entre les divers régimes⁴.

La question de savoir *comment* les droits de l’homme et le droit humanitaire peuvent être appliqués de manière cohérente dans des situations de conflit armé est toujours un sujet de controverse. La jurisprudence de ces dernières années a considérablement modifié la donne, et le droit, jusqu’à un certain point, évolue en permanence. Il faut souhaiter que la jurisprudence relative à des affaires concrètes permettra, avec le temps, de gagner en clarté. Pour l’instant, les choses se précisent dans certains domaines, tandis que dans d’autres, des schémas émergent, sans toutefois que l’on puisse parler de consolidation.

Le présent article vise à formuler quelques paramètres permettant de comprendre les relations entre droits de l’homme et droit humanitaire dans une situation donnée. Leur interaction doit en effet être régie par deux grands principes : la complémentarité et l’influence réciproque des normes respectives dans la plupart des cas, et dans certains cas, lorsqu’il y a contradiction entre les

1 Nous utilisons indifféremment, dans cet article, les expressions « droit international humanitaire », « droit humanitaire » ou « droit des conflits armés ».

2 Nous utilisons indifféremment, dans cet article, les expressions « droit international relatif aux droits de l’homme », « droit des droits de l’homme » ou « droits de l’homme ».

3 Voir, par exemple, rapport de la Commission européenne des droits de l’homme, Chypre c. Turquie, requêtes N° 6780/74 et 6950/75, Commission européenne des droits de l’homme, Décisions et Rapports 125 ; Cour européenne des droits de l’homme [ci-après « CEDH »], affaire *Chypre c. Turquie*, arrêt du 10 mai 2001, Recueil des arrêts et décisions [ci-après « Recueil »] 2001-IV.

4 Michael Bothe, « The Historical Evolution of International Humanitarian Law, International Human Rights Law, Refugee Law and International Criminal Law », dans : Horst Fischer, Ulrike Froissart, Wolff Heintschel von Heinegg et Christian Raap (éd.), *Crisis Management And Humanitarian Protection*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2004, p. 37 [traduction CICR].

deux branches de droit, la prééminence de la norme plus spécifique (*lex specialis*). Toute la question consiste à déterminer laquelle de ces deux branches est la plus spécifique dans telle ou telle situation.

Enfin, nous examinerons l'aspect de la procédure, car c'est sans doute ici que l'interaction entre le droit des droits de l'homme et le droit humanitaire produit ses effets les plus concrets : quelles sont les règles qui régissent les enquêtes sur les allégations de violation, l'accès aux tribunaux pour les victimes et les réparations en cas d'infraction.

Le chevauchement du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire dans les situations de conflit armé

Droits de l'homme et droit humanitaire : une convergence progressive

Si l'on met à part leur idéal humaniste, le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire avaient, à leur création, fort peu de choses en commun. Les fondements théoriques et les visées de ces deux branches de droit diffèrent.

La raison d'être du droit moderne relatif aux droits de l'homme consiste à définir une relation appropriée entre l'État et ses citoyens, afin de limiter le pouvoir de l'État sur l'individu⁵. Les droits de l'homme relevaient au départ du droit constitutionnel ; ils définissaient une relation interne entre le gouvernement et ses citoyens. Une réglementation internationale eût alors été perçue comme une ingérence dans un domaine relevant de la souveraineté nationale. Si l'on excepte la protection des minorités après la Première Guerre mondiale, les droits de l'homme sont demeurés une question relevant du seul droit national jusqu'au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. C'est alors qu'ils sont devenus une composante du droit international, avec l'adoption, en 1948, de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

Le droit humanitaire, quant à lui, est fondé avant tout sur les attentes réciproques de deux parties en guerre et sur la notion de comportement chevaleresque et civilisé⁶. Il n'est pas issu de différends entre des parties revendiquant des droits, mais bien d'un principe de charité : « *inter arma caritas* »⁷. Le

5 On trouvera un bref examen de la question dans : Louise Doswald-Beck et Sylvain Vité, « Le droit international humanitaire et le droit des droits de l'homme », *Revue internationale de la Croix-Rouge* N° 800 (mars-avril 1993), pp. 99 à 128.

6 Voir, par exemple, les « Instructions de 1863 pour le comportement des armées des États-Unis d'Amérique en campagne », dites « Code Lieber », rédigées par Francis Lieber pendant la guerre de Sécession et promulguées par le président Lincoln par son décret général N° 100. Texte reproduit dans : Dietrich Schindler et Jirí Toman (éd.), *Droit des Conflits armés – Recueil des conventions, résolutions et autres documents*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge / Institut Henry-Dunant, Genève, 1996, p. 3.

7 Ces mots furent d'abord utilisés comme devise sur la page de titre du « Mémorial des vingt-cinq premières années de la Croix-Rouge, 1863-1888 », publié par le Comité international de la Croix-Rouge à l'occasion du 25^e anniversaire de sa fondation ; la formule fut adoptée par le Comité le 18 septembre 1888, à la suggestion de Gustave Moynier. Ils constituent aujourd'hui la devise du CICR (Statuts du Comité international de la Croix-Rouge, par. 2 de l'art. 3).

motif premier était un impératif d’humanité plutôt qu’un principe de droit, et il a évolué sur la base de l’idée de la réciprocité entre États en ce qui concerne la manière de traiter les soldats ennemis⁸. Son développement s’explique, historiquement, par des considérations de stratégie militaire et de réciprocité⁹. Alors que les droits de l’homme étaient un domaine interne des États, le droit international humanitaire, par sa nature même, a pris racine dans les relations entre États en droit international (même si certains des textes antécédents, comme le Code Lieber, avaient été conçus pour des guerres civiles).

Après la Seconde Guerre mondiale, la protection des civils en vertu de la IV^e Convention de Genève a ajouté au droit humanitaire une dimension qui le rapprochait fortement de la conception du droit relatif aux droits de l’homme, en particulier eu égard aux civils en détention, même si la Convention était dans une large mesure destinée exclusivement aux civils appartenant à la partie adverse ou à des parties tierces. Le droit humanitaire commençait ici à s’appliquer au domaine traditionnel des droits de l’homme, à savoir la relation entre l’État et ses citoyens. La codification de l’article 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949 a elle aussi rapproché les deux branches de droit, puisqu’elle concernait le traitement réservé par l’État à ses ressortissants. Pourtant, bien que la Déclaration universelle des droits de l’homme ait été adoptée en 1948, soit un an à peine avant la codification des Conventions de Genève, l’histoire de la rédaction des Conventions montre l’absence totale d’influence mutuelle entre ces processus. Certes, les déclarations politiques générales évoquaient l’idéal commun des deux branches du droit, mais rien ne laissait présager un chevauchement de leurs domaines d’application. On ne se doutait probablement pas, à l’époque, que les droits de l’homme s’appliqueraient à des situations de conflit armé, tout au moins pas à des situations de conflit armé international¹⁰. On trouve pourtant, dans les débats sur la Déclaration universelle, des réminiscences patentes de la guerre qui venait de se terminer. On peut sans doute dire sans se tromper que « pour chacun des droits, [les délégués] se reportaient à l’expérience de la guerre comme fondement épistémique du droit particulier en question »¹¹. Un grand nombre des pires abus évoqués par les délégués s’étaient déroulés dans des territoires occupés. La Déclaration universelle, cependant, était conçue pour le temps de paix, puisque la paix était le but ultime des Nations Unies.

Rédigées non sans une certaine précipitation à la fin des années 1940, les quatre Conventions de Genève comportaient des lacunes et des éléments

8 Voir Convention (I) de Genève pour l’amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 août 1949, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 75, p. 31 ; Theodor Meron, « On the inadequate reach of humanitarian and human rights law and the need for a new instrument », *American Journal of International Law*, vol. 77 (1983), p. 592.

9 Theodor Meron, « The humanization of humanitarian law », *American Journal of International Law*, vol. 94 (2000), p. 243.

10 Robert Kolb, « Relations entre le droit international humanitaire et les droits de l’homme – Aperçu de l’histoire de la Déclaration universelle des droits de l’homme et des Conventions de Genève », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, N° 831 (septembre 1998), p. 437.

11 Johannes Morsink, « World War Two and the Universal Declaration », *Human Rights Quarterly*, vol. 15 (1993), p. 358 [traduction CICR].

méritant d'être améliorés, particulièrement en ce qui concerne les situations de conflit armé non international. Cependant, le développement du droit humanitaire connut un coup d'arrêt après la XIX^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge à New Delhi en 1957. Bien que la Conférence eût adopté le « Projet de Règles limitant les risques courus par la population civile en temps de guerre »¹² préparé par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR), l'initiative tourna court.

Aux Nations Unies, en revanche, les États commençaient peu à peu à insister sur la pertinence des droits de l'homme dans les conflits armés. Dès 1953, l'Assemblée générale invoquait les droits de l'homme en relation avec le conflit en Corée¹³. Après l'invasion de la Hongrie par l'armée soviétique en 1956, l'Assemblée générale lança un appel à l'Union soviétique et aux autorités hongroises « pour qu'elles [...] respectent [...] la jouissance par le peuple hongrois des droits de l'homme et des libertés fondamentales »¹⁴. La situation au Proche-Orient, en particulier, fut l'un des facteurs déclenchant la volonté d'évoquer les droits de l'homme dans des situations de conflit armé.

En 1967, le Conseil de sécurité des Nations Unies affirma sans ambiguïté, au sujet des territoires occupés par Israël après la Guerre des Six Jours, que « les droits de l'homme essentiels et inaliénables doivent être respectés même dans les vicissitudes de la guerre »¹⁵. Un an plus tard, la Conférence internationale de Téhéran sur les droits de l'homme marqua un tournant décisif, puisque les Nations Unies y acceptèrent, en principe, l'application des droits de l'homme dans les conflits armés. La première résolution de la Conférence internationale, intitulée « Respect et application des droits de l'homme dans les territoires occupés », demandait à Israël de respecter et appliquer dans les territoires occupés à la fois la Déclaration universelle des droits de l'homme et les Conventions de Genève¹⁶. Vint ensuite la résolution intitulée « Respect des droits de l'homme en période de conflit armé », qui disposait que « même en période de conflit armé, les principes humanitaires doivent prévaloir ». Ce principe fut réaffirmé par la résolution 2444 de l'Assemblée générale, du 19 décembre 1968, portant le même titre, qui priait le Secrétaire général de préparer un rapport sur les mesures à prendre pour protéger toutes les personnes en temps de conflit armé. Ses deux rapports conclurent que les traités des

12 Reproduit dans Dietrich Schindler et Jiří Toman (éd.), *Droit des Conflits armés – Recueil des conventions, résolutions et autres documents*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge / Institut Henry-Dunant, Genève, 1996, p. 311.

13 Question des atrocités commises par les forces communistes nord-coréennes et chinoises contre les prisonniers de guerre des Nations Unies en Corée, GA Res. 804 (VIII), doc. Nations Unies A/803/VIII, 3 décembre 1953 (sur le traitement des soldats et des civils capturés en Corée par les forces nord-coréennes et chinoises).

14 Rés. 1312 (XIII) de l'Assemblée générale, 12 décembre 1958.

15 Rés. 237 du Conseil de sécurité, préambule, al. 2, doc. Nations Unies S/RES/237 (1967), 14 juin 1967; voir aussi la résolution 2252 de l'Assemblée générale (ES-V), doc. Nations Unies A/RES/2252 (ES-V), 4 juillet 1967, qui renvoie à cette résolution.

16 Acte final de la Conférence internationale des droits de l'homme, Téhéran, du 22 avril au 13 mai 1968, doc. Nations Unies A/CONF.32/41.

droits de l'homme, et en particulier le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) – qui n'était à l'époque même pas entré en vigueur – accordaient une protection plus complète aux personnes, en temps de conflit armé, que les Conventions de Genève seules¹⁷. Le Secrétaire général mentionna même le système de rapports prévu par le Pacte, qui selon lui « pourrait se révéler précieux en ce qui concerne les périodes de conflit armé »¹⁸, anticipant ainsi ce qui allait devenir par la suite la pratique du Comité des droits de l'homme.

Donnant suite aux deux rapports du Secrétaire général, l'Assemblée générale des Nations Unies affirma, dans sa résolution sur les « principes fondamentaux touchant la protection des populations civiles en période de conflit armé », que « [l]es droits fondamentaux de l'homme, tels qu'ils sont acceptés en droit international et énoncés dans des instruments internationaux, demeurent pleinement applicables en cas de conflit armé »¹⁹. C'est vers cette époque qu'un observateur écrivit : « les deux branches de droit se sont rapprochées et convergent rapidement et [...] dans un certain nombre de cas concrets, le régime des droits de l'homme définit l'orientation générale et les objectifs pour la révision du droit de la guerre »²⁰.

La Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire, qui s'est déroulée de 1974 à 1977, était en partie une réaction au processus en cours au sein des Nations Unies. Le CICR, en particulier, pouvait maintenant relancer le processus de développement du droit international humanitaire afin d'améliorer la protection des civils, non seulement dans les conflits armés internationaux, mais aussi dans les conflits non internationaux. La Conférence diplomatique et le fruit de ses travaux – les deux Protocoles additionnels de 1977 – doivent indéniablement beaucoup aux droits de l'homme; ainsi, certains droits pouvant faire l'objet de dérogations au regard des droits de l'homme furent formulés comme des droits auxquels il est impossible de déroger en tant que garanties de droit humanitaire. Les deux Protocoles additionnels reconnaissent explicitement l'application des droits de l'homme durant les conflits armés²¹. Bien que le CICR n'ait pas, dans un premier

17 Rapport du Secrétaire général sur « Le respect des droits de l'homme en période de conflit armé », doc. Nations Unies A/7720, 20 novembre 1969 – voir en particulier le chapitre 3; Rapport sur « Le respect des droits de l'homme en période de conflit armé », par. 20 à 29, annexe 1, doc. Nations Unies A/8052, 18 septembre 1970.

18 *Ibid.*, par. 29.

19 Résolution 2675 (XXV) de l'Assemblée générale, Principes fondamentaux touchant la protection des populations civiles en période de conflit armé (9 décembre 1970).

20 G.I.A.D. Draper, « The Relationship between the Human Rights Regime and the Laws of Armed Conflict », *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 1 (1971), p. 191 [traduction CICR].

21 Article 72 du Protocole I additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949, relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, 8 juin 1977, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1125, p. 3 (ci-après, « Protocole additionnel I »); Préambule du Protocole II additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (ci-après « Protocole additionnel II »), 8 juin 1977, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1125, p. 609.

temps, adopté cette position²², il accepta par la suite que « [l]es droits de l'homme restent applicables en période de conflit armé d'une manière concurrente [au DIH] »²³. Depuis cette date, l'application des droits de l'homme dans les conflits armés a toujours été reconnue en droit international humanitaire, même si les détails de l'interaction de ces deux systèmes juridiques font toujours l'objet de discussions. On compte de nombreuses résolutions du Conseil de sécurité²⁴, de l'Assemblée générale²⁵ et de la Commission des droits de l'homme²⁶ réaffirmant ou sous-entendant l'application des droits de l'homme dans des situations de conflit armé. Les Nations Unies ont aussi mené des enquêtes sur des violations des droits de l'homme, par exemple en relation avec les conflits au Libéria²⁷ et en Sierra Leone²⁸, avec l'occupation militaire par Israël des territoires palestiniens²⁹ et l'occupation militaire du Koweït par l'Irak³⁰. Le Conseil de sécurité a aussi traité de violations des droits de l'homme commises par des « milices et groupes armés étrangers » en République démocratique du Congo³¹.

- 22 CICR, *Projets de Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949 – Commentaires*, CICR, Genève, octobre 1973, p. 136; voir aussi Jean Pictet, *Le Droit humanitaire et la protection des victimes de la guerre*, A.W. Sijthoff / Institut Henry-Dunant, Genève, 1973, p. 13. On peut penser que le CICR souhaitait aussi, en tant qu'institution, garder ses distances à l'égard des droits de l'homme, qui étaient associés aux organes « politisés » des Nations Unies.
- 23 Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann (éd.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, CICR, Genève 1986, par. 4429.
- 24 Résolution 1019 (1995) du Conseil de sécurité, doc. Nations Unies S/RES/1019 (1995) (9 novembre 1995) et résolution 1034 (1995), doc. Nations Unies S/RES/1034 (1995) (21 décembre 1995) (sur l'ex-Yougoslavie); résolution 1635 (2005), doc. Nations Unies S/RES/1635 (2005) (28 octobre 2005) (République démocratique du Congo) et résolution 1653 (2006) (27 janvier 2006), doc. Nations Unies S/RES/1653 (2006) (27 janvier 2006) (région des Grands Lacs).
- 25 Résolution 2546 (XXIV) de l'Assemblée générale, doc. Nations Unies A/RES/2546/XXIV (11 décembre 1969) (territoires occupés par Israël); résolution 3525 (XXX), doc. Nations Unies A/RES/3525/XXX (15 décembre 1975) (territoires occupés par Israël); résolution 50/193, doc. Nations Unies A/RES/50/193 (11 mars 1996) (ex-Yougoslavie); résolution 46/135, doc. Nations Unies A/RES/46/135 (19 décembre 1991) (Koweït sous occupation irakienne); résolution 52/145, doc. Nations Unies A/RES/52/145 (6 mars 1998) (Afghanistan).
- 26 Commission des droits de l'homme, Résolutions et décisions. Voir par exemple doc. Nations Unies E/CN.4/1992/84 (6 mars 1992) (Iraq); E/CN.4/RES/2003/77 (25 avril 2003) (Afghanistan), E/CN.4/RES/2003/16 (17 avril 2003) (Burundi); E/CN.4/RES/2001/24 (20 avril 2001) (Fédération de Russie); E/CN.4/RES/2003/15 (17 avril 2003) (République démocratique du Congo); et rapports à la Commission des droits de l'homme: OHCHR/STM/CHR/03/2 (2003) (Colombie); OHCHR/STM/CHR/03/3 (2003) (Timor oriental); voir aussi le *Rapport du Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme sur la situation des droits de l'homme dans le Koweït sous occupation irakienne*, doc. Nations Unies E/CN.4/1992/26 (16 janvier 1992).
- 27 Quinzième Rapport du Secrétaire général sur la Mission d'observation des Nations Unies au Libéria, doc. Nations Unies S/1996/47, 23 janvier 1996.
- 28 Premier Rapport intérimaire du Secrétaire général sur la Mission d'observation des Nations Unies en Sierra Leone, doc. Nations Unies S/1998/750, 12 août 1998.
- 29 Commission des droits de l'homme, résolution S-5/1, 19 octobre 2000. Rapport sur la cinquième session extraordinaire de la Commission, Documents officiels du Conseil économique et social, 2000, Supplément N° 22, doc. Nations Unies E/2000/112 – E/CN.4/S-5/5.
- 30 Commission des droits de l'homme, résolution 1991/74 du 6 mars 1991. Rapport sur la quarante-septième session de la Commission, Documents officiels du Conseil économique et social, 1991, Supplément N° 2, doc. Nations Unies E/1991/22 – E/CN.4/1991/91.
- 31 Résolution 1649 (2005) du Conseil de sécurité, doc. Nations Unies S/RES/1649 (2005), 21 décembre 2005 (la situation concernant la République démocratique du Congo), paragraphes 4 et 5 du préambule.

L'applicabilité des traités relatifs aux droits de l'homme dans les situations de conflit armé se trouve en outre confirmée par l'existence de clauses prévoyant la possibilité de déroger aux droits de l'homme (mais posant aussi des limites à ces dérogations) dans des situations d'urgence, qui incluent explicitement ou implicitement les situations de temps de guerre³². Enfin, quelques traités et instruments internationaux plus récents incorporent des dispositions relevant aussi bien des droits de l'homme que du droit international humanitaire, ou s'en inspirent. Tel est le cas de la Convention relative aux droits de l'enfant (1989)³³, du Statut de Rome de la Cour pénale internationale (1998)³⁴, du Protocole facultatif de 2000 se rapportant à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés³⁵, des Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire³⁶ et, tout récemment, du projet de Convention relative aux droits des personnes handicapées³⁷.

L'évolution de la jurisprudence internationale

La reconnaissance du fait que le droit relatif aux droits de l'homme s'applique aux situations de conflit armé a aussi été favorisée par l'abondante jurisprudence des organes universels et régionaux des droits de l'homme.

Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a jugé, tant dans ses observations finales sur les rapports présentés par les pays que dans ses constatations sur des cas individuels³⁸, que le PIDCP s'appliquait dans des

32 Pacte international relatif aux droits civils et politiques (16 décembre 1966), [ci-après « PIDCP »], Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, p. 171, article 4; Convention [européenne] de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (4 novembre 1950), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 213, p. 221, article 15; Convention américaine relative aux droits de l'homme (22 novembre 1969), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1144, p. 123, article 27. L'article 27 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme est presque identique à l'article 4 du PIDCP; voir aussi doc. Nations Unies E/CN.4/SR.195, 26 mai 1950, par. 23; doc. Nations Unies E/CN.4/SR.196, 26 mai 1950, par. 3 et par. 5.

L'absence du terme « guerre » dans le PIDCP ne signifie pas que les dérogations n'étaient pas prévues pour des situations de conflit armé, comme en témoigne l'histoire de sa rédaction. Les rédacteurs avaient bel et bien prévu une clause de non-discrimination dans l'article 4, mais ils avaient délibérément laissé de côté la discrimination en fonction de la nationalité, afin d'autoriser la discrimination contre des étrangers ennemis. Nations Unies, Commission des droits de l'homme, Rapport sur la 8^e session, 14 avril-14 juin 1952; doc. Nations Unies E/2256-E/CN.4/669, ECOSOC Records, 14th Sess., Supplement N° 4, par. 279-80.

33 Art. 38 de la Convention relative aux droits de l'enfant (20 novembre 1989), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1577, p. 3.

34 Statut de Rome de la Cour pénale internationale (17 juillet 1998), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2187, p. 3.

35 Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés (25 mai 2000), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2173, p. 236.

36 Adoptés par l'Assemblée générale le 16 décembre 2005 dans sa résolution 60/147, doc. Nations Unies A/RES/60/147, 21 mars 2006.

37 Adopté par l'Assemblée générale le 13 décembre 2006 dans sa résolution 61/106, doc. Nations Unies A/RES/61/106, 24 janvier 2007. Voir en particulier l'article 11.

38 Observations finales du Comité des droits de l'homme – République Démocratique du Congo, doc. Nations Unies CCPR/C/COD/CO/3, 26 avril 2006; Belgique, doc. Nations Unies CCPR/CO/81/BEL,

situations de conflit armé tant international que non international, y compris dans des situations d'occupation. Il en va de même des observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels³⁹, du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale⁴⁰, du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes⁴¹ et du Comité des droits de l'enfant⁴². La Cour européenne des droits de l'homme a reconnu l'applicabilité de la Convention européenne tant dans des situations de conflit armé non international⁴³ que dans des situations d'occupation dans des conflits armés internationaux⁴⁴. La Commission et la Cour interaméricaines des droits de l'homme ont reconnu l'applicabilité aux situations de conflit armé de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme et de la Convention américaine relative aux droits de l'homme⁴⁵.

- 12 août 2004; *Colombie*, doc. Nations Unies CCPR/CO/80/COL, 26 mai 2004; *Sri Lanka*, doc. Nations Unies CCPR/CO/79/LKA, 1 décembre 2003; *Israël*, doc. Nations Unies CCPR/CO/78/ISR, 21 août 2003; *Guatemala*, doc. Nations Unies CCPR/CO/72/GTM, 27 août 2001; *Pays-Bas*, doc. Nations Unies CCPR/CO/72/NET, 27 août 2001; *Belgique*, doc. Nations Unies CCPR/C/79/Add.99, 19 novembre 1998; *Israël*, doc. Nations Unies CCPR/C/79/Add.93, 18 août 1998; États-Unis d'Amérique, doc. Nations Unies CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, 18 décembre 2006; Royaume-Uni, doc. Nations Unies CCPR/C/GBR/CO/6, 30 juillet 2008; Constatations du Comité des droits de l'homme, communication N° 950/2000, *Sarma c. Sri Lanka*, doc. Nations Unies CCPR/C/78/D/950/2000, 31 juillet 2003; Constatations du Comité des droits de l'homme, communication N° 563/1993, *Bautista c. Colombie*, doc. Nations Unies CCPR/C/55/D/563/1993, 13 novembre 1995; communication N° 45/1979, *Guerrero c. Colombie*, constatations adoptées le 31 mars 1982, Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-septième session, Supplément N° 40, doc. Nations Unies A/37/40, annexe XI.
- 39 Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observations finales: *Colombie*, doc. Nations Unies E/C.12/1/Add.74, 6 décembre 2001; *Guatemala*, doc. Nations Unies E/C.12/1/Add.93, 12 décembre 2003; *Israël*, doc. Nations Unies E/C.12/1/Add.90, 26 juin 2003.
- 40 Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *Conclusions: Israël*, doc. Nations Unies CERD/C/304/Add.45, 30 mars 1998.
- 41 Rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Vingt-sixième session, *Conclusions: Sri Lanka*, par. 256 à 302, doc. Nations Unies A/57/38 (Part I), 7 mai 2002; Rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Vingt-deuxième session, *Conclusions: République démocratique du Congo*, par. 194 à 238, doc. Nations Unies A/55/38 (Part I), 1^{er} mai 2000; Rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Vingt-troisième session, *Conclusions: Colombie*, par. 337-401, doc. Nations Unies A/54/38 (Part I), 4 mai 1999.
- 42 Comité des droits de l'enfant, *Observations finales: République démocratique du Congo*, doc. Nations Unies CRC/C/15/Add.153, 9 juillet 2001; *Sri Lanka*, doc. Nations Unies CRC/C/15/Add.207, 2 juillet 2003; *Colombie*, doc. Nations Unies CRC/C/COL/CO/3, 8 juin 2006.
- 43 Voir, par exemple, CEDH, affaire *Issaïeva*, *Youssoupova et Bazaïeva c. Russie*, arrêt du 24 février 2005; affaire *Issaïeva c. Russie*, arrêt du 24 février 2005; affaire *Ergi c. Turquie*, arrêt du 28 juillet 1998, Rapports 1998-IV; affaire *Ahmet Özkan et autres c. Turquie*, arrêt du 6 avril 2004 [N.B. le texte de cet arrêt n'est disponible qu'en anglais].
- 44 Affaire *Chypre c. Turquie*, op. cit. (note 3); voir aussi, pour un tour d'horizon complet, Aisling Reidy, «La pratique de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme en matière de droit international humanitaire», *Revue internationale de la Croix-Rouge* N° 831 (1998), pp. 543 à 568.
- 45 Cour interaméricaine des droits de l'homme, affaire *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, arrêt du 25 novembre 2000, Série C N° 70, par. 209; Commission interaméricaine des droits de l'homme, affaire N° 10.951, *Coard et autres c. États-Unis*, doc. OEA/ser.L/V/II.106 doc. 3 rev., 1999, par. 37; affaire N° 11.589, *Alejandro c. Cuba*, Rapport N° 86/99, doc. OEA/Ser.L/V/II.106 doc. 3 rev., 1999; *Victor Saldaño c. Argentine*, Rapport N° 38/99, OEA/Ser.L/V/II.95, doc. 7 rev., p. 289, 1998, par. 18; *Rafael Ferrer-Mazorra et autres c. États-Unis*, affaire N° 9903, Rapport N° 51/01, doc. OEA/Ser.L/V/II.111, doc. 20 rev., 1980, par. 179; *Request for Precautionary Measures Concerning the Detainees at Guantánamo Bay, Cuba*, arrêt du 12 mars 2002, *International Legal Materials (ILM)* vol. 41 (2002), p. 532.

La Cour internationale de justice s’est fait l’écho de la jurisprudence des organes créés en vertu des traités des droits de l’homme. Sa première déclaration touchant l’application des droits de l’homme dans des situations de conflit armé – faisant référence au PIDCP – figure dans l’avis consultatif rendu en 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l’emploi d’armes nucléaires* :

La Cour observe que la protection offerte par le pacte international relatif aux droits civils et politiques ne cesse pas en temps de guerre, si ce n’est par l’effet de l’article 4 du pacte, qui prévoit qu’il peut être dérogé, en cas de danger public, à certaines des obligations qu’il impose cet instrument. Le respect du droit à la vie ne constitue cependant pas une prescription à laquelle il peut être dérogé. En principe, le droit de ne pas être arbitrairement privé de la vie vaut aussi pendant des hostilités. C’est toutefois, en pareil cas, à la *lex specialis* applicable, à savoir le droit applicable dans les conflits armés, conçu pour régir la conduite des hostilités, qu’il appartient de déterminer ce qui constitue une privation arbitraire de la vie. Ainsi, c’est uniquement au regard du droit applicable dans les conflits armés, et non au regard des dispositions du pacte lui-même, que l’on pourra dire si tel cas de décès provoqué par l’emploi d’un certain type d’armes au cours d’un conflit armé doit être considéré comme une privation arbitraire de la vie contraire à l’article 6 du pacte⁴⁶.

Dans son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l’édification d’un mur dans le territoire palestinien occupé*, la Cour a élargi cet argument à l’application générale des droits de l’homme en situation de conflit armé :

De manière plus générale, la Cour estime que la protection offerte par les conventions régissant les droits de l’homme ne cesse pas en cas de conflit armé, si ce n’est par l’effet de clauses dérogatoires du type de celle figurant à l’article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Dans les rapports entre droit international humanitaire et droits de l’homme, trois situations peuvent dès lors se présenter : certains droits peuvent relever exclusivement du droit international humanitaire ; d’autres peuvent relever exclusivement des droits de l’homme ; d’autres enfin peuvent relever à la fois de ces deux branches du droit international. Pour répondre à la question qui lui est posée, la Cour aura en l’espèce à prendre en considération les deux branches du droit international précitées, à savoir les droits de l’homme et, en tant que *lex specialis*, le droit international humanitaire⁴⁷.

La Cour a confirmé cette déclaration dans l’affaire concernant le territoire de l’est du Congo occupé par l’Ouganda (*RDC c. Ouganda*). Dans cet arrêt, elle a réitéré le contenu de son avis consultatif rendu dans l’affaire du *Mur*, à savoir que le droit international relatif aux droits de l’homme est applicable aux

46 Cour internationale de justice [ci-après « CIJ »], *Licéité de la menace ou de l’emploi d’armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996, CIJ Recueil 1996, p. 226, par. 25 [ci-après *affaire des armes nucléaires*].

47 CIJ, *Conséquences juridiques de l’édification d’un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif du 9 juillet 2004, CIJ Recueil, 2004, p. 136, par. 106 [ci-après *affaire du Mur*].

actes d'un État agissant dans l'exercice de sa compétence en dehors de son propre territoire, particulièrement dans les territoires occupés⁴⁸. Elle a ainsi clairement montré que son avis consultatif précédent touchant les territoires palestiniens occupés ne pouvait s'expliquer par la présence durable d'Israël sur ces territoires⁴⁹, puisque l'Ouganda n'avait pas une telle présence durable et consolidée dans l'est de la République démocratique du Congo. On voit par là que la Cour reconnaît clairement que les droits de l'homme s'appliquent en période d'occupation par une partie belligérante.

L'application extraterritoriale des droits de l'homme

Tout comme la Cour internationale de justice, les organes créés en vertu des traités des droits de l'homme ont considéré que les droits de l'homme s'appliquaient non seulement dans les situations de conflit armé sur le territoire d'un pays, mais aussi dans les situations de conflit armé à l'étranger. Plus récemment, la portée extraterritoriale des droits de l'homme n'a pas été sans soulever des controverses, en particulier en relation avec les conflits armés en Irak et en Afghanistan.

Tandis que la Cour internationale de justice, comme nous l'avons vu plus haut, considère l'application extraterritoriale des droits de l'homme comme un principe général, les arguments sur cette question sont liés au libellé des différents traités et doivent donc être examinés séparément.

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques

De tous les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme, c'est le PIDCP qui contient la disposition la plus restrictive concernant l'application. En effet, le paragraphe 1 de l'article 2 limite l'application du Pacte à l'obligation des États de respecter et de garantir les droits de l'homme à « tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence ». À priori, cette clause signifie que les deux critères sont cumulatifs. Cependant, le Comité des droits de l'homme a interprété cette disposition comme signifiant « les individus relevant de la compétence ou se trouvant sur le territoire de l'État », et par « relevant de [la] compétence » d'un État, il entend toute personne « sous son pouvoir ou son contrôle effectif »⁵⁰.

Cette jurisprudence a son origine dans des affaires sans rapport avec des conflits armés, concernant l'enlèvement, hors du territoire de l'État par-

48 CIJ, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)* [ci-après *affaire RDC c. Ouganda*], arrêt du 19 décembre 2005, par. 216.

49 Comme l'affirme Michael J. Dennis dans son article, « Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation », *American Journal of International Law*, vol. 99 (2005), p. 122.

50 Comité des droits de l'homme, Observation générale N° 31 [80], La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte, doc. Nations Unies CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 mai 2004, par. 10.

tie, de dissidents par des agents des services secrets. L’un des premiers cas de violation du PIDCP par des agents d’un État sur territoire étranger fut l’affaire *López Burgos c. Uruguay*.⁵¹ Enlevé à Buenos Aires par des membres des services uruguayens, le plaignant avait été détenu au secret en Argentine avant d’être transporté clandestinement en Uruguay. Si le Comité avait interprété le Pacte au pied de la lettre de l’article 2, il n’aurait pu considérer l’Uruguay comme responsable. Or, le Comité recourut à l’argument téléologique, considérant qu’« il serait excessif d’interpréter la responsabilité définie à l’article 2 du Pacte comme autorisant un État partie à perpétrer sur le territoire d’un autre État des violations du Pacte qu’il ne serait pas autorisé à perpétrer sur son propre territoire »⁵².

Dans sa jurisprudence, le Comité des droits de l’homme a eu maintes occasions de confirmer cette conception. Le Comité a, en particulier, régulièrement appliqué le Pacte à des situations d’occupation militaire⁵³ et à des situations où des armées nationales participaient à des opérations de maintien de la paix⁵⁴. Il a résumé cette interprétation de l’article 2 dans son Observation générale N° 31 :

Aux termes du paragraphe 1 de l’article 2, les États parties sont tenus de respecter et garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et à tous ceux relevant de leur compétence les droits énoncés dans le Pacte. Cela signifie qu’un État partie doit respecter et garantir à quiconque se trouve *sous son pouvoir ou son contrôle effectif* les droits reconnus dans le Pacte même s’il ne se trouve pas sur son territoire. [...] Ce principe s’applique aussi à quiconque se trouve *sous le pouvoir ou le contrôle effectif des forces d’un État partie opérant en dehors de son territoire*, indépendamment des circonstances dans lesquelles ce pouvoir ou ce contrôle effectif a été établi, telles que les forces constituant un contingent national affecté à des opérations internationales de maintien ou de renforcement de la paix⁵⁵.

Se fondant sur l’exigence de pouvoir ou contrôle effectif, le Comité des droits de l’homme accepte donc l’applicabilité extraterritoriale du Pacte dans deux types de situation : le pouvoir sur un territoire – comme dans une situation d’occupation – ou sur une personne, comme dans les affaires d’enlèvement.

51 Affaire *López Burgos c. Uruguay*, doc. Nations Unies CCPR/C/13/D/52/1979, 29 juillet 1981 ; voir aussi affaire *Celiberti de Casariego c. Uruguay*, doc. Nations Unies CCPR/C/13/D/56/1979, 29 juillet 1981.

52 Affaire *López Burgos c. Uruguay*, *op. cit.* (note 51), par. 12.3 ; affaire *Celiberti de Casariego c. Uruguay*, *op. cit.* (note 51), par. 10.3.

53 Comité des droits de l’homme, Observations finales – *Chypre*, doc. Nations Unies CCPR/C/79/Add.39, 3 août 1994, par. 3 ; Observations finales – *Israël*, doc. Nations Unies CCPR/C/79/Add.93, 18 août 1998, par. 10 ; Observations finales – *Israël*, doc. Nations Unies CCPR/CO/78/ISR, 21 août 2003, par. 11.

54 Comité des droits de l’homme, Observations finales – *Belgique*, doc. Nations Unies CCPR/C/79/Add.99, 19 novembre 1998, par. 14 ; Observations finales – *Pays-Bas*, doc. Nations Unies CCPR/CO/72/NET, 27 août 2001, par. 8 ; Observations finales – *Belgique*, doc. Nations Unies CCPR/CO/81/BEL, 12 août 2004, par. 6.

55 Comité des droits de l’homme, Observation générale N° 31 [80], *op. cit.* (note 50), par. 10 (souligné par nos soins).

La Cour internationale de justice a suivi le même raisonnement que le Comité des droits de l'homme, se référant en outre aux travaux préparatoires du Pacte :

Les travaux préparatoires du pacte confirment l'interprétation donnée par le Comité de l'article 2 de cet instrument. Il en résulte en effet que, en adoptant la rédaction qu'ils ont retenue, les auteurs du pacte n'ont pas entendu faire échapper les Etats aux obligations qui sont les leurs lorsqu'ils exercent leur compétence hors du territoire national. Ils ont seulement voulu éviter que des personnes résidant à l'étranger puissent se prévaloir envers leur Etat d'origine de droits ne relevant pas de la compétence de ce dernier, mais de celle de l'Etat de résidence⁵⁶.

L'histoire de la rédaction du Pacte est un sujet qui suscite de vives controverses, en particulier entre le Comité des droits de l'homme et les États-Unis d'Amérique, puisque ces derniers considèrent que l'historique de la rédaction démontre précisément que le Pacte n'était pas conçu pour s'appliquer de manière extraterritoriale⁵⁷. Durant la rédaction, les États-Unis proposèrent d'ajouter la condition « sur leur territoire » à l'article 2, qui ne contenait que les mots « relevant de leur compétence »⁵⁸. Eleanor Roosevelt, représentante des États-Unis et alors présidente de la Commission, souligna que les États-Unis étaient « particulièrement désireux » de ne pas assumer « une obligation de garantir les droits visés aux citoyens de pays sous occupation des États-Unis »⁵⁹. Elle expliqua que :

Cette addition est proposée dans le but d'établir clairement que le projet de Pacte s'appliquera seulement aux personnes se trouvant dans le territoire et relevant de la juridiction des États contractants. Les États-Unis craignent que, sans cette addition, le projet de Pacte puisse être interprété comme obligeant les États contractants à adopter une législation concernant des personnes qui, sans résider sur leur territoire, relèvent techniquement, à certains égards, de leur juridiction. Un exemple est fourni, à ce propos, par les territoires occupés de l'Allemagne, de l'Autriche et du Japon : les personnes qui se trouvent dans ces territoires relèvent, dans certains cas, de la

56 CIJ, affaire du *Mur*, *op. cit.* (note 47), par. 109.

57 Comité des droits de l'homme, Examen des rapports présentés par les États parties conformément à l'article 40 du Pacte, Troisièmes rapports périodiques des États parties devant être soumis en 2003 : États-Unis d'Amérique, doc. Nations Unies CCPR/C/USA/3, 28 novembre 2005, Annexe I : Application territoriale du pacte international relatif aux droits civils et politiques ; Summary Record of the 2380th meeting, 18 July 2006, Second and third periodic reports of the United States of America, doc. Nations Unies CCPR/C/SR.2380, 27 juillet 2006 [N.B. ce document n'est disponible qu'en anglais] ; Human Rights First, Submission to the Human Rights Committee, 18 janvier 2006, p. 7, disponible en ligne à l'adresse <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/hrfirst.doc> (date d'accès : 20 avril 2009).

58 Documents officiels du Conseil économique et social, Commission des droits de l'homme, 6^e session, Récapitulation des observations des gouvernements sur le projet de Pacte international relatif aux droits de l'homme et sur les projets de nouveaux articles, doc. Nations Unies E/CN.4/365, 22 mars 1950, p. 14 (proposition des États-Unis).

59 Documents officiels du Conseil économique et social, Commission des droits de l'homme, 6^e session, Compte rendu analytique de la cent trente-huitième séance, doc. Nations Unies E/CN.4/SR.138, 6 avril 1950, p. 10.

juridiction des Puissances occupantes, mais elles demeurent en dehors de la législation de ces Puissances. Un autre exemple est fourni par le cas de territoires donnés à bail : quelques pays ont, pour des fins bien déterminées, donné à bail à d’autres pays certains territoires, et des cas de conflit d’autorité pourraient se présenter entre l’Etat « bailleur » et l’Etat « preneur »⁶⁰.

Les États-Unis jugeaient cet amendement nécessaire « pour indiquer clairement qu’un État ne saurait être tenu d’appliquer une législation à l’égard de ses nationaux en dehors de son territoire »⁶¹. Le Royaume-Uni adopta la même position et déclara que « dans certains cas, de tels nationaux relevaient de la compétence de l’État pour certaines questions, mais que les autorités du pays étranger concerné interviendraient si l’un d’entre eux venait à commettre une infraction »⁶².

Cependant, en ce qui concerne les *soldats d’un État stationnés en territoire étranger*, M^{me} Roosevelt déclara que ces soldats, bien que stationnés à l’étranger, relevaient néanmoins de la compétence de l’État⁶³.

Ces échanges montrent bien qu’il est somme toute assez peu utile de se référer aux travaux préparatoires. S’il est clair, en effet, que l’amendement « sur leur territoire » a été ajouté au texte afin de former un critère cumulatif s’ajoutant à l’exigence de la compétence, les motifs sous-tendant l’amendement concernent des situations bien précises : il s’agissait d’éviter des conflits de juridiction entre États souverains. Il n’y avait aucune raison pour qu’un État intervienne sur le territoire d’un autre si ce dernier avait les moyens d’assurer le respect des droits de l’homme. C’est là une situation radicalement différente de celle envisagée dans l’affaire *López Burgos* ou dans des situations d’occupation, dans lesquelles l’autorité de l’État occupé a disparu et a été supplantée par celle de l’État occupant.

La démarche du Comité des droits de l’homme et de la Cour internationale de Justice se justifie donc à plusieurs égards. Selon le paragraphe 1 de l’article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, « [u]n traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. » Le Comité des droits de l’homme semble avoir adopté cette démarche dans ses observations récentes, jugeant que le Pacte devait, s’il était interprété de bonne foi, s’appliquer de manière extraterritoriale⁶⁴. En outre, « [les] travaux préparatoires et [les] circonstances dans lesquelles le traité a été conclu » peuvent être pris en

60 *Ibid.* ; voir aussi Compte rendu analytique de la cent quatre-vingt treizième séance, doc. Nations Unies E/CN.4/SR.193, 26 mai 1950, par. 53, et Compte rendu analytique de la cent quatre-vingt quatorzième séance, doc. Nations Unies E/CN.4/SR.194, 25 mai 1950, par. 14, 16 et 25.

61 Documents officiels du Conseil économique et social, Commission des droits de l’homme, 8^e session, Compte rendu analytique de la trois cent vingt-neuvième séance, doc. Nations Unies E/CN.4/SR.329 (27 juin 1952), p. 10 ; voir aussi doc. Nations Unies E/CN.4/SR.194, *op. cit.* (note 60), par. 16.

62 Doc. Nations Unies E/CN.4/SR.329, *op. cit.* (note 61), p. 12.

63 Doc. Nations Unies E/CN.4/SR.194, *op. cit.* (note 60), par. 32 [traduction CICR].

64 « L’État partie devrait reconsidérer son approche et interpréter le Pacte de bonne foi, en conformité avec le sens communément attribué à ses termes dans leur contexte, y compris la pratique ultérieure, et à la lumière de son objet et de son but. » Comité des droits de l’homme, Observations finales – *États-Unis d’Amérique*, doc. Nations Unies CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, 18 décembre 2006, par. 10.

considération aux fins de l'interprétation non seulement si le sens est ambigu ou obscur, mais aussi dans les cas où l'interprétation suivant le sens ordinaire « conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable » (article 32 de la Convention). C'est en ce sens que l'un des membres du Comité des droits de l'homme a écrit, dans l'affaire *López Burgos* :

L'interprétation des mots « sur leur territoire » dans leur sens littéral strict excluant toute responsabilité pour les actes commis hors des frontières de l'État, cependant, *aurait des conséquences totalement absurdes*. [...] Il n'a toutefois jamais été envisagé de conférer aux États parties un pouvoir discrétionnaire sans limite qui leur permettrait de porter atteinte volontairement et d'une manière délibérée à la liberté et à l'intégrité personnelle de leurs nationaux vivant à l'étranger⁶⁵.

Ainsi, même en se reportant aux travaux préparatoires – qui peuvent sembler à première vue conduire à des conclusions inverses –, les interprétations du Comité des droits de l'homme et de la Cour internationale de justice sont convaincantes, et le Pacte doit être compris comme s'appliquant aux personnes se trouvant à l'étranger lorsqu'elles se trouvent sous le pouvoir effectif d'un État partie, tout au moins lorsque ce pouvoir est exercé à l'exclusion du contrôle par l'État du territoire.

La Convention européenne des droits de l'homme

La Convention européenne des droits de l'homme repose sur un champ d'application plus large que le PIDCP, puisque les États parties « reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction » les droits définis par la Convention⁶⁶. L'histoire de la rédaction de l'article 1 ne fournit guère d'indications sur le sens de cet article. Le projet initial faisait référence à « toute personne résidant sur le territoire », expression qui fut remplacée par « toute personne relevant de leur juridiction ». La considération sous-jacente était que le mot « résidant » pourrait être trop restrictif et ne couvrir que les personnes résidant légalement sur le territoire. L'expression « relevant de leur juridiction » fut choisie par la suite sur la base de l'article 2 du projet de Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui était alors discuté par la Commission des Nations Unies⁶⁷.

La Cour européenne des droits de l'homme a de ce fait appliqué plus volontiers la Convention de manière extraterritoriale, puisqu'elle n'avait qu'à interpréter le sens du terme « juridiction ». Dans l'affaire *Loizidou*, la Cour a conclu que lorsqu'un État exerçait *en pratique un contrôle global sur un territoire* – une condition qui

65 *Lopez Burgos c. Uruguay*, *op. cit.* (note 51) [traduction CICR], Opinion individuelle de M. Tomuschat (souligné par nos soins). On notera que M. Tomuschat a aussi jugé que l'article 2 ne s'appliquait pas aux situations d'occupation, une conclusion que le Comité des droits de l'homme n'a pas suivie par la suite.

66 Article 1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

67 *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des Droits de l'Homme* (vol. III, p. 260), cité dans : CEDH, affaire *Banković et autres c. Belgique et 16 autres États contractants*, requête N° 52207/99, décision sur la recevabilité, 12 décembre 2001, par. 19.

est remplie, en particulier, dans le cas d'une occupation militaire –, il exerçait sa juridiction aux fins de l'article 1 de la Convention⁶⁸. Elle a justifié cet argument du contrôle effectif en affirmant : « toute autre conclusion conduirait à une lacune regrettable dans le système de protection des droits de l'homme dans cette région, car les individus qui y résident se verraient privés des garanties fondamentales de la Convention et de leur droit de demander à une Haute Partie contractante de répondre des violations de leurs droits dans une procédure devant la Cour »⁶⁹.

Dans l'affaire *Banković*, la Cour européenne a limité sa compétence en matière d'application extraterritoriale de la Convention. Il s'agissait du bombardement aérien par l'OTAN des locaux de la radio-télévision serbe. Selon la Cour, ces bombardements ne signifiaient pas que les États qui lancèrent ces attaques exerçaient leur juridiction au sens de l'article 1 de la Convention européenne des droits de l'homme ; la Cour estima en l'occurrence que « si les auteurs de la Convention avaient voulu assurer une juridiction aussi extensive que ne le préconisent les requérants, ils auraient pu adopter un texte identique ou analogue à celui, contemporain, des articles 1 des quatre Conventions de Genève de 1949 »⁷⁰. La Cour a établi une distinction claire entre les hostilités dans un conflit armé international, où aucun État n'exerce de contrôle sur l'autre pendant la bataille, et une situation d'occupation. Elle a ajouté ceci :

En résumé, la Convention est un traité multilatéral opérant, sous réserve de son article 56, dans un contexte essentiellement régional, et plus particulièrement dans l'espace juridique des États contractants, dont il est clair que la RFY ne relève pas. Elle n'a donc pas vocation à s'appliquer partout dans le monde, même à l'égard du comportement des États contractants. Aussi la Cour n'a-t-elle jusqu'ici invoqué l'intérêt d'éviter de laisser des lacunes ou des solutions de continuité dans la protection des droits de l'homme pour établir la juridiction d'un État contractant que dans des cas où, n'eussent été les circonstances spéciales s'y rencontrant, le territoire concerné aurait normalement été couvert par la Convention⁷¹.

Cette argumentation amène à penser que la Cour ne conclurait pas qu'un État exerce sa juridiction s'il exerçait un contrôle global sur un territoire situé en dehors du Conseil de l'Europe⁷².

Or, cette conclusion est contredite par des arrêts ultérieurs. Ainsi, dans l'affaire *Öcalan c. Turquie*, la Cour a jugé que la Turquie était responsable de la détention du requérant par les autorités turques au Kenya, considérant que le plaignant relevait de la juridiction de la Turquie puisqu'il était détenu par des membres des forces de

68 CEDH, affaire *Loizidou c. Turquie* (Exceptions préliminaires), arrêt du 23 mars 1995, série A N° 310, par. 62 ; *Loizidou c. Turquie*, arrêt du 18 décembre 1996, Recueil 1996-VI, par. 56 ; affaire *Chypre c. Turquie*, *op. cit.* (note 3), par. 77.

69 CEDH, affaire *Chypre c. Turquie*, *op. cit.* (note 3), par. 78.

70 CEDH, affaire *Banković et autres c. Belgique et 16 autres États contractants*, *op. cit.* (note 67), par. 75.

71 *Ibid.*, par. 80.

72 Voir la critique sévère de l'arrêt *Banković* par Luigi Condorelli, « La protection des droits de l'homme lors d'actions militaires menées à l'étranger », *Collegium* 32 (2005), p. 100.

l'ordre turque⁷³. Cette application extraterritoriale plus étendue a été confirmée dans l'affaire *Issa et autres c. Turquie*, dans laquelle la Cour a précisé clairement que le contrôle exercé sur une personne engageait aussi la responsabilité de l'État :

Un État peut aussi être tenu responsable de violations des droits et des libertés garantis par la Convention touchant des personnes qui se trouvent sur le territoire d'un autre État, mais dont il est établi qu'elles sont sous son autorité et son contrôle, lorsque ces violations sont commises par ses agents opérant dans cet État, légalement ou illégalement. La responsabilité, dans ce type de situation, découle du fait que l'article 1 de la Convention ne saurait être interprété comme autorisant un État partie à perpétrer, sur le territoire d'un autre État, des violations de la Convention qu'il ne pourrait commettre sur son propre territoire⁷⁴.

Dans l'affaire *Öcalan* comme dans l'affaire *Issa*, la Cour a reconnu que les États exerçaient leur «juridiction» sur des personnes qui se trouvent sur le territoire d'un autre État, mais qui sont entre les mains de leurs propres agents. Il est intéressant de noter que dans ses motifs, la Cour s'est fondée sur la jurisprudence du Comité des droits de l'homme dans l'affaire *López Burgos* et sur celle de la Commission interaméricaine des droits de l'homme⁷⁵. Cet argument n'est donc pas limité à l'«espace juridique» européen.

Il est difficile de concilier l'arrêt *Banković* avec la jurisprudence ultérieure de la Cour. Peut-être faut-il interpréter cet arrêt en considérant que la Cour a conclu que l'État n'exerçait pas son contrôle effectif sur le territoire ni sur les personnes, ce qui entraîne qu'aucune «juridiction» n'était conférée au titre de l'article 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Toutefois, cela n'explique pas l'argument concernant l'espace juridique des États contractants. On peut aussi essayer de dégager une cohérence dans la jurisprudence en suivant la méthode de la Chambre des Lords du Royaume-Uni dans l'affaire *Al-Skeini*. La Chambre des Lords, après avoir examiné la jurisprudence de la Cour européenne⁷⁶, a fondé ses conclusions sur l'affaire *Banković*, considérée comme faisant autorité, en excluant la juridiction hors de la région du Conseil de l'Europe, avec pour seules exceptions les «actes accomplis à l'étranger par des agents diplomatiques ou consulaires, ou à bord d'aéronefs immatriculés dans l'État en cause ou de navires battant son pavillon»⁷⁷ et les prisons militaires⁷⁸. Or, cette vision des choses contredit

73 CEDH, affaire *Öcalan c. Turquie*, arrêt du 12 mars 2003, par. 93.

74 CEDH, affaire *Issa et autres c. Turquie*, arrêt du 16 novembre 2004 [traduction CICR – le texte de cet arrêt n'est disponible qu'en anglais], par. 71 ; voir aussi *Isaak c. Turquie*, requête N° 44587/98, Décision de recevabilité du 28 septembre 2008, p. 19 [N.B. ce texte n'est disponible qu'en anglais].

75 CEDH, affaire *Issa et autres c. Turquie*, op. cit. (note 74), par. 71.

76 Y compris des affaires telles que : Commission européenne des droits de l'homme, *Illich Sánchez Ramirez c. France*, 24 juin 1996, Décisions et Rapports 86-A, 1996, p. 155 ; *Freda c. Italie*, 7 octobre 1980, Décisions et Rapports 21, 1980, p. 250 ; *Hess c. Royaume-Uni*, 28 mai 1975, Décisions et Rapports 2, p. 72, 1975.

77 Citation tirée de l'affaire *Banković*, op. cit. (note 67), par. 73.

78 Chambre des Lords, *Al-Skeini and others v. Secretary of State for Defence*, arrêt du 13 juin 2007, [2007] UKHL 26, par. 61-83, 91 et 105-132 ; la Cour d'appel a interprété la jurisprudence de la CEDH en un sens plus large, couvrant à la fois le contrôle global d'un territoire et le pouvoir sur une personne : voir *R v. the Secretary of State for Defence, ex parte Al-Skeini and others*, arrêt du 21 décembre 2005, [2005] EWCA Civ 1609, par. 62-112.

l'argumentation de la Cour dans l'affaire *Issa*, ou même dans l'affaire *Öcalan*, dans laquelle il était hors de doute que Öcalan était sous la juridiction de la Turquie dès l'instant de sa remise à des agents turcs, sans remplir aucune des conditions fixées dans l'interprétation de la Chambre des Lords. La jurisprudence future de la Cour européenne des droits de l'homme apportera sans doute plus de clarté, et à cet égard la décision qui sera prise en réponse à la requête interétatique déposée par la Géorgie contre la Russie sera particulièrement intéressante⁷⁹.

Pour résumer, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en ce qui concerne la « juridiction » évoquée à l'article 1 n'est pas parfaitement cohérente. Si l'on voit toujours assez mal dans quelle mesure la nature régionale de la Convention peut limiter la juridiction au territoire de la zone géographique du Conseil de l'Europe dans les affaires futures, il semble que la Cour, tout au moins, ne tiendra pas compte de cette limitation dans les cas de personnes détenues à l'étranger. On ne voit pas non plus très bien s'il y aurait exercice de la juridiction au cas où des agents de l'État commettraient un meurtre ciblé illégal à l'étranger, sur un territoire qu'ils ne contrôlèrent pas. C'est bien ce que semble indiquer l'affaire *Issa*; or il semblerait contradictoire de tenir un État responsable, au regard de la Convention européenne, s'il tue une personne détenue, mais pas s'il commet un meurtre ciblé. Ceci dit, répétons-le, la question n'est pas entièrement réglée.

À nos yeux, le terme « juridiction » ne saurait, en soi, être compris comme désignant l'exercice du contrôle à l'étranger uniquement dans certains États et pas dans d'autres. Un État peut dans la pratique – avec ou sans le consentement de l'État hôte, de manière légale ou illégale – exercer sa juridiction à l'étranger. Ainsi, « des personnes relèveront de la juridiction d'un État dans les situations où on peut considérer qu'elles sont sous le contrôle effectif de cet État ou qu'elles sont affectées par ceux qui agissent au nom de l'État plus généralement, quel que soit l'endroit où l'acte a lieu »⁸⁰. Toutefois, même si la Cour, dans certains cas, ne peut limiter l'application de la Convention à cause du manque de « juridiction », elle peut décider de le faire sur la base d'un argument plus général, à savoir que la Convention est un traité régional et non universel.

La Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme

La Commission interaméricaine des droits de l'homme s'est depuis longtemps déclarée compétente pour connaître d'actes commis par les agents d'un État hors du territoire de celui-ci⁸¹. Elle a fondé sa démarche sur la Déclaration

79 CEDH, communiqué du greffier, « La Cour européenne des droits de l'homme fait droit à une demande de mesures provisoires », N° 581, 12 août 2008.

80 Sir Elihu Lauterpacht et Daniel Bethlehem, « Avis sur la portée et le contenu du principe du non-refoulement », dans : Erika Feller, Volker Türk et Frances Nicolson (éd.), *La protection des réfugiés en droit international : consultations mondiales du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés sur la protection internationale*, Larcier, Bruxelles, 2008, par. 67.

81 Voir, pour un tour d'horizon de sa jurisprudence, Cristina Cerna, « Extraterritorial Application of the Human Rights Instruments of the Inter-American System », dans : Fons Coomans et Menno Kamminga (éd.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Intersentia, Anvers, 2004, pp. 141-174, et Douglas Cassel, « Extraterritorial Application of Inter-American Human Rights Instruments », *ibid.*, pp. 175-181.

américaine des droits et des devoirs de l'homme, qui ne contient pas de clause relative à l'application. L'argumentation de la Commission est d'ordre téléologique : puisque les droits de l'homme sont, par définition, inhérents à tout être humain, les États doivent garantir ces droits à toute personne se trouvant sous leur juridiction, ce qui selon la Commission signifie toute personne « sous son autorité et son contrôle »⁸².

La Commission a aussi adopté une attitude moins restrictive que la Cour européenne des droits de l'homme au sujet des opérations militaires. Alors que la Cour européenne s'est déclarée incompétente dans l'affaire *Banković*, la Commission interaméricaine a déclaré, dans l'affaire de l'invasion du Panama par les États-Unis en 1989, en appliquant le critère de relation de cause à effet :

Lorsqu'il est fait état d'un emploi de la force militaire qui a entraîné des décès de non-combattants, des blessures aux personnes et des dommages aux biens, les droits humains des non-combattants entrent en ligne de compte. Dans le contexte de la présente affaire, les garanties définies dans la Déclaration américaine sont en cause. La présente affaire comporte des allégations de faits couverts par la Déclaration. La Commission est donc autorisée à connaître de l'affaire au fond⁸³.

Cette affaire est toutefois en instance depuis 1993, sans qu'aucune décision n'ait été prise quant au fond.

La Commission interaméricaine a dû aussi se prononcer sur des meurtres commis par des agents de l'État à l'étranger. Elle a ainsi condamné l'assassinat de Orlando Letelier à Washington et de Carlos Prats à Buenos Aires par des agents chiliens en tant que violation du droit à la vie⁸⁴. Elle a, de manière similaire, condamné des attaques contre des ressortissants du Surinam par des agents surinamais aux Pays-Bas⁸⁵.

Résumons : la Commission interaméricaine considère que les États sont responsables pour tout acte commis sous leur autorité et leur contrôle, et elle a interprété ces critères de la manière la plus large possible, y compris dans des cas d'attaques armées sur sol étranger.

La Convention contre la torture, la Convention relative aux droits de l'enfant, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale

L'article 2 de la Convention contre la torture appelle chaque État partie à prendre des mesures efficaces pour empêcher que des actes de torture soient commis « dans

82 *Affaire Coard et autres c. États-Unis*, *op. cit.* (note 45), par. 37 [traduction CICR].

83 *Affaire Salas c. États-Unis*, Rapport N° 31/93, affaire 10.573, 14 octobre 1993, *Annual Report 1993*, OEA/Ser.L/V/85, doc. 9 rev., 11 février 1994, par. 6 [traduction CICR].

84 *Report on the Situation of Human Rights in Chile*, OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 17, 9 septembre 1985, chapitre III, par. 81-91, 181.

85 *Second Report on the Human Rights Situation in Suriname*, OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 21 rev. 1, 2 octobre 1985, chapitre V, par. E.

tout territoire sous sa juridiction». La proposition originale disait simplement «dans sa juridiction». Lors de la rédaction, on fit observer que cette expression pourrait être interprétée comme s'appliquant à des ressortissants d'un État résidant sur le territoire d'un autre État. Proposition fut faite alors de remplacer cette expression par les mots «dans tout territoire sous sa juridiction», formule «qui serait applicable aux tortures infligées à bord de navires ou d'aéronefs immatriculés dans l'État considéré et couvrirait aussi les territoires occupés»⁸⁶. Conformément à cette intention, le Comité contre la torture a interprété cette disposition comme incluant les territoires placés de fait sous le contrôle effectif d'un État partie à la Convention, s'opposant à l'avis de certains États, au nombre desquels le Royaume-Uni⁸⁷ et les États-Unis⁸⁸.

Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ne contient aucune clause relative à l'application⁸⁹. Tant le Comité des Nations Unies sur les droits économiques, sociaux et culturels que la Cour internationale de justice ont néanmoins affirmé que ce traité était applicable à toutes les personnes sous le contrôle d'un État, spécialement en territoire occupé⁹⁰.

La Convention relative aux droits de l'enfant garantit, au paragraphe 1 de son article 2, les droits énoncés dans la Convention à tout enfant relevant de la juridiction des États parties ; le Comité des droits de l'enfant ainsi que la Cour internationale de justice ont interprété cette disposition comme incluant les territoires occupés⁹¹.

La Cour internationale de justice a conclu, dans son ordonnance du 15 octobre 2008 relative à l'affaire opposant la Géorgie et la Fédération de Russie, que les dispositions de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale paraissent généralement applicables aux actes d'un État partie lorsque celui-ci agit hors de son territoire⁹².

La pratique des États

Les États membres du Conseil de l'Europe ont adopté à l'unanimité, au sein du Comité des ministres, l'organe décisionnel du Conseil, des résolutions demandant

86 Rapport du Groupe de travail chargé du projet de Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, doc. Nations Unies E/CN.4/L.1470, 12 mars 1979, par. 32 ; La France proposait de remplacer les termes «sous sa juridiction» par «sur son territoire» dans l'ensemble du texte. Voir doc. Nations Unies E/CN.4/1314, 19 décembre 1978, par. 54.

87 Comité contre la torture, Conclusions et recommandations : Royaume-Uni, doc. Nations Unies CAT/C/CR/33/3, 10 décembre 2004, par. 4 b).

88 Comité contre la torture, Trente-sixième session, Summary Record of the 703rd meeting, doc. Nations Unies CAT/C/SR.703, 12 mai 2006, par. 14 [N. B. ce document n'est disponible qu'en anglais].

89 Il en va de même de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

90 CIJ, affaire du *Mur*, *op. cit.* (note 47), par. 112.

91 Comité des droits de l'enfant, Trente et unième session, Observations finales : Israël, doc. Nations Unies CRC/C/15/Add.195, 9 octobre 2002 ; CIJ, affaire du *Mur*, *op. cit.* (note 47), par. 113.

92 CIJ, *Affaire relative à l'application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 15 octobre 2008, par. 109.

l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme qui avaient appliqué la Convention de manière extraterritoriale, comme par exemple dans l'affaire *Chypre c. Turquie*, concernant les violations commises par la Turquie pendant l'occupation⁹³, ou pour les violations commises par la Fédération de Russie en Transnistrie, dans la République de Moldova⁹⁴.

Les positions et la pratique des États concernant l'application extraterritoriale des droits de l'homme, telles qu'exprimées depuis longtemps dans des résolutions de l'Assemblée générale ou du Conseil de sécurité, tendent à confirmer l'application des droits de l'homme dans les conflits armés internationaux. Après l'invasion de la Hongrie par l'armée soviétique en 1956, l'Assemblée générale fit appel à l'URSS et aux autorités hongroises « pour qu'elles [...] respectent [...] la jouissance par le peuple hongrois des droits de l'homme et des libertés fondamentales »⁹⁵. En 1967, le Conseil de sécurité considéra, au sujet des territoires occupés par Israël, que « les droits de l'homme essentiels et inaliénables doivent être respectés, même dans les vicissitudes de la guerre »⁹⁶. Plus récemment, le Conseil a déploré les violations des droits de l'homme commises par des « milices et groupes armés étrangers » dans la République démocratique du Congo⁹⁷. Comme signalé plus haut, les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies et de la Commission des Nations Unies pour les droits de l'homme ont parfois invoqué les droits de l'homme dans des situations de ce type⁹⁸.

Rares sont les États qui ont contesté, devant les organes des droits de l'homme, l'applicabilité des traités des droits de l'homme à l'étranger⁹⁹. À l'exception d'Israël, il semble qu'aucun pays n'ait régulièrement contesté l'applicabilité extraterritoriale des instruments relatifs aux droits de l'homme. Relevons

93 Résolution intérimaire ResDH(2005)44 relative à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 10 mai 2001 dans l'affaire *Chypre contre Turquie* (adoptée par le Comité des ministres le 7 juin 2005, lors de la 928^e réunion des Délégués des Ministres).

94 Résolution intérimaire ResDH(2006)26 relative à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 8 juillet 2004 (Grande Chambre) dans l'affaire *Iliască et autres contre la Moldova et la Fédération de Russie* (adoptée par le Comité des Ministres le 10 mai 2006, lors de la 964^e réunion des Délégués des Ministres).

95 Assemblée générale, résolution 1312 (XIII), 12 décembre 1958, par. 7.

96 Conseil de sécurité, résolution 237 (1967) du 14 juin 1967, par. 2 du préambule. Voir note 15 *supra*.

97 Conseil de sécurité, résolution 1649 (2005) du 21 décembre 2005, doc. Nations Unies S/RES/1649, par. 3 du préambule.

98 Voir les notes 25 et 26.

99 Voir Comité des droits de l'homme, Réponses du Gouvernement néerlandais aux préoccupations exprimées par le Comité des droits de l'homme dans ses observations finales (CCPR/CO/72/NET), doc. Nations Unies CCPR/CO/72/NET/Add.1, 29 avril 2003, par. 19; Deuxième rapport périodique d'Israël au Comité des droits de l'homme, Additif, doc. Nations Unies CCPR/C/ISR/2001/2, 4 décembre 2001, par. 8; Conseil économique et social, Rapport initial d'Israël au Comité des droits économiques, sociaux et culturels, doc. Nations Unies E/1990/6/Add.32, 16 octobre 2001, par. 5; Comité contre la torture, Conclusions et recommandations sur le Royaume-Uni, doc. Nations Unies CAT/C/CR/33/3, 10 décembre 2004, par. 4 b); Trente-sixième session, Summary Record of the 703rd meeting, doc. Nations Unies CAT/C/SR.703, 12 mai 2006, par. 14 [N.B. il n'existe pas de version française de ce document]; Comité des droits de l'homme, deuxième et troisième rapports périodiques des États-Unis d'Amérique, *op. cit.* (note 57), Annexe I.

en outre que d’importantes juridictions nationales, en Israël¹⁰⁰ et au Royaume-Uni¹⁰¹ par exemple, ont reconnu l’application extraterritoriale des droits de l’homme. Les objections de ces gouvernements ne reflètent donc pas nécessairement une pratique interne cohérente de l’État, puisque cette pratique englobe l’ensemble des pouvoirs de l’État (l’exécutif, le législatif et le judiciaire)¹⁰².

Sans chercher à établir lesquels des droits de l’homme relèvent du droit coutumier – ce qui sortirait du cadre de cet article –, il est hors de doute que les droits de l’homme fondamentaux tels que l’interdiction de la privation arbitraire de la vie, l’interdiction de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants, l’interdiction de la privation arbitraire de la liberté, ou encore le droit à un procès équitable, font partie du droit international coutumier. Quant à leur portée territoriale, les résolutions des Nations Unies citées plus haut montrent que l’application extraterritoriale n’a pas été mise en doute en dehors du droit des traités¹⁰³. Les droits de l’homme qui font partie du droit international coutumier sont de nature universelle, et s’appliquent par conséquent à chaque être humain, où qu’il se trouve. On peut donc affirmer que les droits de l’homme coutumiers s’appliquent dans tous les territoires du monde, et que tout agent de l’État, qu’il agisse sur son propre territoire ou à l’étranger, est tenu de les respecter. En d’autres termes, le respect des droits de l’homme coutumiers n’est pas une question d’application extraterritoriale, car en dehors des clauses d’application des traités, le respect des droits de l’homme n’a jamais été soumis à des limites territoriales.

Complémentarité et *lex specialis*

L’application parallèle des droits de l’homme et du droit humanitaire peut offrir aux personnes une forte protection, mais peut aussi soulever de nombreux

100 Voir, par exemple, Israël Court of Justice, affaire *Marab v. IDF Commander in the West Bank*, HCl 3239/02, arrêt du 18 avril 2002.

101 England and Wales High Court of Justice, affaire *Al-Skeini and others v. Secretary of State for Defence*, [2004] EWHC 2911 (Admin), N° CO/2242/2004, 14 décembre 2004; voir aussi England and Wales Court of Appeal, affaire *Al-Skeini and others v. Secretary of State for Defence*, [2005] EWCA Civ 1609, 21 décembre 2005, par. 3-11, 48-53, 189-190; England and Wales High Court of Justice, affaire *Al-Jedda, R v. Secretary of State for Defence*, [2005] EWHC 1809 (Admin), 12 août 2005.

102 L’importance des décisions de justice dans la constitution du droit coutumier, lorsqu’elles sont en contradiction avec les positions du pouvoir exécutif, est un thème controversé. Voir Association de droit international, *Final Report of the Committee on Formation of Customary International Law, Statement of principles applicable to the formation of general customary international law*, London, 2000, p. 17, 18, disponible à l’adresse <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/30> (dernière visite le 22 juin 2009).

103 Voir, par exemple, *Operational Law Handbook* de l’Armée des États-Unis, Judge Advocate General’s Legal Centre and School, Charlottesville, 2006, ch. 3, p. 47. Au sujet de la portée extraterritoriale du droit coutumier à la vie, voir Nils Melzer, *Targeted Killing in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 287; David Kretzmer, « Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-judicial Executions or Legitimate Means of Defence ? », *European Journal of International Law*, vol. 16 (2005), p. 171, 185; Orna Ben Naftali et Yuval Shany, « Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories », *Israel Law Review*, vol. 37 (2004), pp. 17, 87.

problèmes. Avec la spécialisation croissante des diverses branches du droit international, les divers régimes juridiques se recourent, se complètent ou se contredisent mutuellement. Les droits de l'homme et le droit humanitaire ne sont qu'une illustration de ce phénomène¹⁰⁴. Il est donc nécessaire, pour analyser la relation entre les droits de l'homme et le droit humanitaire, d'examiner les règles internationales pertinentes ainsi que les principes généraux d'interprétation.

Les caractéristiques propres au droit relatif aux droits de l'homme et au droit humanitaire

Avant d'aborder les possibilités d'application parallèle, il convient de rappeler certaines distinctions fondamentales entre ces deux branches de droit. Premièrement, le droit humanitaire ne s'applique qu'en temps de conflit armé, alors que les droits de l'homme s'appliquent en tout temps. Deuxièmement, le droit des droits de l'homme et le droit humanitaire lient, traditionnellement, des parties qui sont de nature différente. S'il est évident que le droit humanitaire doit être respecté par les « parties au conflit »¹⁰⁵ – ce qui inclut autant les autorités de l'État que les parties non-étatiques – la question est beaucoup plus complexe en ce qui concerne les droits de l'homme. Par tradition, le droit international relatif aux droits de l'homme est réputé contraignant pour les seuls États, et il conviendra de suivre l'évolution du droit à cet égard¹⁰⁶. Troisièmement, tandis que la plupart des droits de l'homme définis en droit international peuvent faire l'objet de dérogations¹⁰⁷, tel n'est pas le cas des règles de droit humanitaire (avec une seule exception, de portée limitée : l'article 5 de la IV^e Convention de Genève). Enfin, il y a des différences considérables en ce qui concerne la procédure et les droits secondaires, comme le droit à un recours individuel ; nous y reviendrons plus loin¹⁰⁸.

Il apparaît donc d'emblée qu'une fusion totale des deux branches de droit est exclue. De ce fait, il est tout naturel que la jurisprudence comme la pratique tendent plutôt à montrer que les droits de l'homme et le droit humanitaire ne s'excluent pas mutuellement, mais se complètent et se renforcent l'un l'autre. La notion de complémentarité relève cependant davantage de la politique que du droit. Pour créer un cadre juridique au sein duquel ces deux branches de droit peuvent s'associer, il faut disposer d'outils que seuls les principes d'interprétation juridique peuvent fournir. Voilà qui nous amène à deux grandes notions : celle de complémentarité dans son sens juridique, conformément à la Convention de Vienne sur le droit des traités, et celle de *lex specialis*.

104 Bothe, *op. cit.* (note 4), p. 37.

105 Voir l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève.

106 Article 2 du PIDCP ; article 1 de la Convention européenne des droits de l'homme ; article 1 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme ; voir Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

107 Voir article 4 du PIDCP ; article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme ; article 27 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme.

108 Voir plus bas sous « Enquêtes, voies de recours, réparations ».

La « complémentarité »

La complémentarité signifie que le droit relatif aux droits de l'homme et le droit humanitaire, loin d'entrer en conflit, peuvent s'influencer et se renforcer mutuellement puisqu'ils reposent sur les mêmes principes et valeurs. Dans cette acception, la complémentarité reflète une méthode d'interprétation inscrite au paragraphe 3 c) de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui précise qu'il convient, pour interpréter une règle, de tenir compte « de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ». Ce principe consacre, d'une certaine manière, l'idée du droit international conçu comme un système cohérent¹⁰⁹. Il voit le droit international comme un régime au sein duquel divers ensembles de règles cohabitent en harmonie. Ainsi, les droits de l'homme peuvent être interprétés à la lumière du droit international humanitaire et vice versa.

Le principe de la *lex specialis*

Il arrive souvent, cependant, que la relation entre le droit des droits de l'homme et le droit humanitaire soit décrite comme une relation entre droit général et droit spécialisé, dans laquelle le droit humanitaire joue le rôle de *lex specialis*. Telle a été la conclusion de la Cour internationale de justice dans l'affaire des armes nucléaires, citée plus haut, dans laquelle la Cour a conclu :

C'est toutefois, en pareil cas, à la *lex specialis* applicable, à savoir le droit applicable dans les conflits armés, conçu pour régir la conduite des hostilités, qu'il appartient de déterminer ce qui constitue une privation arbitraire de la vie¹¹⁰.

La Cour a réitéré la référence au principe de la *lex specialis* dans l'affaire du *Mur*¹¹¹. Elle ne l'a pas fait, en revanche, dans l'affaire *RDC c. Ouganda*¹¹². Comme elle n'a pas donné d'explication à cette omission, il est difficile de dire s'il s'agissait d'un choix délibéré marquant un changement d'attitude de sa part.

Parmi les organismes internationaux de défense des droits de l'homme, la Commission interaméricaine a suivi la jurisprudence de la Cour internationale de justice, en invoquant le principe de la *lex specialis*¹¹³, mais d'autres organismes n'ont pas fait de même. Ni la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, ni la Cour européenne des droits de l'homme n'ont

109 Campbell McLachlan, « The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54 (2005), pp. 279-320 ; Commission du droit international, Rapport du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, doc. Nations Unies A/CN.4/L.676, 29 juillet 2005, par. 27 ; voir aussi Philippe Sands, « Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law », *Yale Human Rights and Development Law Journal*, vol. 1 (1999), pp. 85, 95.

110 Affaire des *armes nucléaires*, *op.cit.* (note 46), par. 25.

111 Affaire du *Mur*, *op. cit.* (note 47), par. 106.

112 Affaire *RDC c. Ouganda*, *op. cit.* (note 48), par. 216.

113 Affaire *Coard et autres c. États-Unis*, *op. cit.* (note 45), par. 42.

à ce jour fait connaître leur position sur ce sujet. Quant au Comité des droits de l'homme, il a pris position, mais sans recourir à l'expression *lex specialis*, concluant que « les deux domaines du droit sont complémentaires et ne s'excluent pas l'un l'autre »¹¹⁴.

Le principe de la *lex specialis* est largement accepté en matière d'interprétation dans le droit international. Il découle d'un principe d'interprétation de droit romain selon lequel, dans des situations régies par une règle spécifique, celle-ci l'emporte sur la règle plus générale (*lex specialis derogat leges generalis*). Le principe de la *lex specialis* figure déjà dans les écrits d'auteurs tels que de Vattel¹¹⁵ ou Grotius, lequel écrit :

Quant à la question de savoir quelle est celle des clauses d'un écrit qui doit prévaloir lorsqu'il y a un conflit provenant d'un cas imprévu [...] [p]armi les conventions égales entre elles [...], que l'on préfère ce qui est le plus particulier, et ce qui approche le plus de la chose ! Car ce qui est spécial est ordinairement plus efficace que ce qui est général¹¹⁶.

Nombre de juristes ont critiqué le principe de la *lex specialis* arguant de son manque de clarté. Ils affirment, en premier lieu, que le droit international, contrairement au droit national, n'a ni hiérarchie claire des normes, ni législateur central, mais « une diversité d'instances, souvent sans rapport et indépendantes les unes des autres, qui créent un système différent de l'ordre juridique national, doté d'une cohérence plus forte »¹¹⁷. Deuxièmement, ils insistent sur le fait que le principe de la *lex specialis* a été conçu originellement pour le droit national, et ne saurait s'appliquer tel quel au système de droit international, qui est très fragmenté¹¹⁸. Troisièmement, ces auteurs soulignent que rien n'indique, en particulier entre le droit des droits de l'homme et le droit humanitaire, laquelle de ces deux normes est la *lex specialis* ou la *lex generalis*¹¹⁹; d'aucuns, par exemple, avancent que le droit des droits de l'homme pourrait fort bien être le droit prééminent pour les personnes qui se trouvent au pouvoir d'une autorité¹²⁰. On a même pu dire que « ce principe très général permet de manipuler le droit de manière telle à soutenir les arguments, pourtant diamétralement opposés, des tenants et des opposants de

114 Comité des droits de l'homme, Observation générale N° 31 [80], op. cit. (note 55), par. 11.

115 Emer de Vattel, *Le Droit des gens ou Principes de la loi naturelle*, Livre second, ch. XVII, par. 316, Slatkine Reprints / Institut Henry-Dunant, Genève, 1983 (reproduction de l'édition originale de 1758).

116 Hugo Grotius, *Le Droit de la guerre et de la paix*, Livre II, chapitre XVI, section XXIX, trad. par P. Pradier-Fodéré, Presses universitaires de France, 1999, p. 413.

117 Anja Lindroos, « Addressing the Norm Conflicts in a Fragmented System: The Doctrine of *Lex Specialis* », *Nordic Journal of International Law*, vol. 74 (2005), p. 28 [traduction CICR].

118 Voir, par exemple, Commission du droit international, *Rapport du Groupe d'étude*, op. cit. (note 109); Lindroos, op. cit. (note 117), pp. 27-28.

119 Nancie Prud'homme, « *Lex specialis*: Oversimplifying a More Complex and Multifaceted Relationship? », *Israel Law Review*, vol. 40(2) (2007), p. 356; Gloria Gaggioli et Robert Kolb, « A Right to Life in Armed Conflicts? The Contribution of the European Court of Human Rights », *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 37 (2007), pp. 115-163.

120 Louise Doswald-Beck, « Le droit international humanitaire et l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, N° 823 (janvier-février 1997), p. 37.

la compartimentalisation du DIH et du droit relatif aux droits de l’homme»¹²¹. Des auteurs ont donc proposé d’autres modèles que celui de la *lex specialis*, qu’ils ont appelés « théorie pragmatique de l’harmonisation »¹²², « pollinisation mutuelle »¹²³, « fécondation réciproque »¹²⁴, ou encore « modèle mixte »¹²⁵. Sans entrer dans le détail, ces conceptions ont en commun d’insister sur ce que les deux branches de droit ont en commun plutôt que sur ce qui les oppose.

Enfin, il semble que les spécialistes ne soient pas d’accord sur le sens à donner au principe de la *lex specialis*. Le rapport du Groupe d’étude de la Commission du droit international sur la fragmentation du droit international a conclu que la *lex specialis* n’est pas nécessairement une règle permettant de résoudre les conflits entre normes, mais qu’elle a en réalité un double rôle : soit en tant qu’interprétation plus spécifique, soit en tant qu’exception au droit général. Comme l’explique M. Koskenniemi :

Le lien existant entre la règle générale (souvent appelée principe ou norme) et la règle spéciale peut se concevoir de deux façons. Dans certains cas, une règle spéciale peut être vue comme une application de la règle générale. C’est-à-dire qu’elle peut donner des indications sur les obligations imposées par la règle générale dans le cas précis. Dans d’autres, la règle spéciale déroge à la règle générale et peut donc être considérée comme une exception. Le principe *lex specialis derogat legi generali* est généralement vu comme une règle permettant de résoudre les conflits entre normes. Cependant, il peut avoir d’autres applications¹²⁶.

Conçu non pas comme un principe destiné à résoudre des conflits entre normes, mais comme principe d’interprétation plus spécifique, la maxime de la *lex specialis* incorpore en soi la démarche de complémentarité évoquée plus haut. Elle est très proche du principe inscrit au paragraphe 3 c) de l’article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui dispose que les traités doivent être interprétés à la lumière les uns des autres.

Ainsi, le principe de la *lex specialis* comporte deux aspects : d’une part, sa signification en tant que principe d’interprétation, en fonction duquel une règle plus générale doit être interprétée à la lumière d’une règle plus spécifique. D’autre part, sa fonction de règle régissant les conflits entre diverses normes.

À la lumière de ce qui précède, on peut tirer la conclusion suivante. Si la complémentarité – c’est-à-dire la *lex specialis*, entendue comme principe

121 Prud’homme, *op. cit.* (note 119), p. 14 [traduction CICR].

122 *Ibid.*, p. 6.

123 René Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 350.

124 Sands, *op. cit.* (note 109), pp.85-105.

125 Kretzmer, *op. cit.* (note 103), p. 171.

126 Martti Koskenniemi, *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l’expansion du droit international. Etude intitulée : « La fonction et la portée de la règle de *lex specialis* et la question des régimes autonomes », Rapport préliminaire de M. Koskenniemi, président du groupe d’études, ILC (LVI)/SG/FIL/CRD.1 et Addendum, ILC (LVI)/SG/FIL/CRD.1/Add.1, p. 4 [traduction CICR].*

d'interprétation – peut souvent offrir une solution permettant d'harmoniser des normes différentes, elle a néanmoins ses limites. Lorsqu'il y a une véritable contradiction entre deux normes, l'une d'entre elles doit l'emporter¹²⁷. Dans de telles situations, le principe de la *lex specialis*, comme principe de règlement des conflits, donne la priorité à la règle qui est le mieux adaptée au cas d'espèce. La question de savoir laquelle des normes est la plus spécifique dans une situation donnée peut donner lieu à controverse, et de fait, « il n'est guère réaliste de décider, de manière théorique, que toute une branche de droit est plus spécifique qu'une autre »¹²⁸. Ceci ne devrait pas pour autant remettre en question le principe de la *lex specialis* en tant que tel. Si les règles du droit humanitaire et celles du droit relatif aux droits de l'homme peuvent la plupart du temps être interprétées à la lumière les unes des autres, il n'en demeure pas moins que certaines d'entre elles sont contradictoires, et en pareil cas il faut décider laquelle l'emporte. Pour déterminer laquelle est la plus spécifique, les critères les plus importants sont la précision et la clarté de la règle, ainsi que son adéquation aux circonstances particulières du cas examiné.

L'application de la *lex specialis*, dans ses deux fonctions différentes, à l'interaction entre les droits de l'homme et le droit humanitaire peut être illustrée par l'exemple de l'emploi de la force, en particulier dans les conflits armés non internationaux et dans des situations d'occupation.

L'emploi de la force

Les normes différentes concernant l'emploi de la force selon le droit des droits de l'homme et le droit humanitaire

Les règles régissant l'emploi de la force en droit humanitaire et en droit des droits de l'homme sont fondées sur des principes différents. Le droit relatif aux droits de l'homme « requiert que chaque cas d'emploi légal de la force par des agents de l'État soit examiné, tandis que [le droit humanitaire] est fondé sur la prémisse que la force sera employée et que des êtres humains seront délibérément tués »¹²⁹.

En droit des droits de l'homme, la seule situation où il peut être licite de recourir à une force meurtrière est un danger *imminent* de violence grave que seul un tel emploi de la force peut permettre d'éviter. Ce danger ne peut être purement hypothétique : il doit être imminent¹³⁰. Ce recours extrême-

127 Voir Commission du droit international, Rapport du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, *op. cit.* (note 109), par. 42.

128 Lindroos, *op. cit.* (note 117), p. 44 [traduction CICR].

129 Kenneth Watkin, « Controlling the Use of Force: A Role for Human Rights Norms in Contemporary Armed Conflict », *American Journal of International Law*, vol. 98 (2004), p. 32 [traduction CICR].

130 Voir les principes 9 et 10 des Principes de base des Nations Unies sur le recours à la force et l'utilisation des armes à feu par les responsables de l'application des lois, adoptés par le huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, La Havane (Cuba), 27 août au 7 septembre 1990, disponible à l'adresse <http://www2.ohchr.org/french/law/armes.htm> (dernière visite le 25 juin 2009); voir aussi Nigel Rodley, *The Treatment of Prisoners Under International Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 182-188; Kretzmer, *op. cit.* (note 103), p. 179.

ment étroit à la force létale pour protéger le droit à la vie est confirmé par les Principes de base des Nations Unies sur le recours à la force et l'utilisation des armes à feu par les responsables de l'application des lois, qui disposent que les responsables de l'application des lois « ne recourront intentionnellement à l'usage meurtrier d'armes à feu que si cela est absolument inévitable pour protéger des vies humaines », et qui précisent qu'un avertissement clair de l'intention d'utiliser des armes à feu doit être donné, « en laissant un délai suffisant pour que l'avertissement puisse être suivi d'effet »¹³¹. Au regard des droits de l'homme, il est pour ainsi dire exclu que la planification d'une opération destinée à tuer puisse être légale. Les policiers sont formés à des techniques permettant de réduire la tension ou d'utiliser les armes de manière totalement différente de celle des soldats. La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi une abondante jurisprudence relative aux exigences de planification et de maîtrise de l'emploi de la force pour éviter le recours à la force létale¹³².

En droit international humanitaire, les grands principes qui limitent l'usage de la force sont la distinction, la précaution et la proportionnalité, afin d'éviter des pertes incidentes en vies humaines ou des dommages collatéraux aux biens de caractère civil¹³³. Le principe de proportionnalité en droit humanitaire diffère du principe de proportionnalité dans le contexte des droits de l'homme¹³⁴, car si le droit relatif aux droits de l'homme exige que l'emploi de la force soit proportionné à l'objectif de protection de la vie, le droit humanitaire requiert que les pertes incidentes en vies humaines dans la population civile, les blessures aux personnes civiles, les dommages aux biens de caractère civil causés par une attaque armée ne soient pas excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu¹³⁵. Ces deux principes peuvent conduire à des résultats différents. D'autre part, certains auteurs considèrent que « les différences s'estompent progressivement, avec le développement croissant, par les organes des droits de l'homme, d'un corpus de droits de l'homme en temps de guerre, qui tient compte des caractéristiques particulières de ce type de situation »¹³⁶.

Selon un point de vue de plus en plus répandu, la capacité de recourir à la force létale, même en droit humanitaire, serait limitée non seulement par un principe de proportionnalité destiné à limiter les pertes incidentes en vies humaines ou les dommages aux biens de caractère civil, mais aussi par

131 Principes 9 et 10 des Principes de base des Nations Unies sur le recours à la force et l'utilisation des armes à feu par les responsables de l'application des lois, *op. cit.* (note 130).

132 CEDH, affaire *McCann et autres c. Royaume-Uni*, requête N° 18984/91, 27 septembre 1995, par. 202 à 213; affaire *Andronicou et Constantinou c. Chypre*, arrêt du 9 octobre 1997, Recueil 1997-VI, par. 181-186, 191-193; *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, arrêt du 4 mai 2001, par. 103-104; affaire *Ergi c. Turquie*, *op. cit.* (note 43), par. 79; affaire *Issaïeva, Youssoupova et Bazaïeva c. Russie*, *op. cit.* (note 43), par. 169-171; affaire *Issaïeva c. Russie*, *op. cit.* (note 43), par. 189.

133 Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck (éd.), *Droit international humanitaire coutumier, volume I: Règles*, CICR/Bruylant, Bruxelles, 2006, règles 11 à 21.

134 Voir la discussion du principe de proportionnalité dans: Noam Lubell, « Challenges in applying human rights law to armed conflict », *International Review of the Red Cross*, vol. 87, N° 860 (décembre 2005), pp. 745-746.

135 Voir la codification au par. 5 de l'art. 51 du Protocole additionnel I.

136 Gaggioli et Kolb, *op. cit.* (note 119), p. 138 [traduction CICR].

d'autres limitations inhérentes au droit humanitaire, en particulier le principe de la nécessité militaire et le principe d'humanité¹³⁷. L'une des normes les plus anciennes que l'on cite à cet égard est le préambule de la Déclaration de Saint-Petersbourg de 1868, qui dispose que « le seul but légitime que les Etats doivent se proposer [...] est l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi »¹³⁸. D'autres règles pourraient être citées à l'appui de cette conception, en particulier l'interdiction de ne pas faire de quartier¹³⁹ ou l'interdiction d'employer des armes de nature à causer des maux superflus¹⁴⁰. La nécessité militaire, entendue en ce sens, est conçue non seulement comme un principe sous-jacent du droit international humanitaire, ni même comme un principe habilitant assujettissant d'autres règles de droit humanitaire à l'objectif militaire, mais bien comme un principe qui impose des contraintes aux moyens et méthodes de guerre. En termes d'emploi de la force, il limite ce recours au degré et au type de force nécessaire pour obtenir la soumission de l'ennemi. C'est pourquoi « le fait que [le droit humanitaire] n'interdise pas les attaques directes contre les combattants n'entraîne pas un droit légal de tuer les combattants en tout temps et en tout lieu aussi longtemps qu'ils ne sont pas hors de combat au sens de l'article 41 [par. 2] du Protocole additionnel I »¹⁴¹. Cette vision des choses, cependant, ne fait pas l'unanimité parmi les spécialistes et les praticiens du droit international humanitaire.

Étant donné ces règles différentes, il est intéressant de se pencher sur l'évolution récente de la jurisprudence. Ces règles ont-elles été remises en question? Les affaires récentes ont-elles mené à une convergence, comme on l'affirme parfois? N'oublions pas, toutefois, que la majeure partie de la jurisprudence est le fait d'organes et de tribunaux des droits de l'homme, et, dans une certaine mesure, de tribunaux nationaux. Les arrêts rendus par ces organes et ces tribunaux n'ont pas de force contraignante universelle. Ces instances, en outre, rendent leurs décisions dans le cadre de traités ou de lois spécifiques. Les organes des droits de l'homme, en particulier, peuvent souvent s'abstenir entièrement de prendre en considération le droit humanitaire, parce que les États concernés n'ont pas reconnu l'existence d'une situation de conflit armé. Il faut

137 On trouvera une analyse approfondie de la notion de nécessité militaire et de son utilisation dans les manuels militaires modernes dans: Melzer, *op. cit.* (note 103), pp. 336 à 356; voir aussi Gaggioli et Kolb, *op. cit.* (note 119), p. 136.

138 Préambule de la Déclaration à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre, adoptée à Saint-Petersbourg en 1868. L'art. 14 du Code Lieber contient une disposition similaire: « La nécessité militaire, ainsi que la comprennent aujourd'hui les nations civilisées, s'entend de la nécessité de mesures indispensables pour atteindre les buts de guerre, et légales selon les lois et coutumes de la guerre. » Voir aussi les articles 15 et 16 du Code Lieber, qui précisent la notion de nécessité militaire.

139 Art. 23 c) du Règlement de La Haye de 1907; art. 12 de la II^e Convention de Genève; art. 40 du Protocole additionnel I.

140 Art. 35, par. 2 du Protocole additionnel I.

141 Melzer, *op. cit.* (note 103), p. 347 [traduction CICR]; pour citer Jean Pictet: « Si l'on peut mettre un militaire hors de combat en le capturant, il ne faut pas le blesser; si l'on peut atteindre ce résultat en le blessant, il ne faut pas le tuer. Si, pour le même avantage militaire, on dispose de deux moyens, dont l'un cause de moindres maux, c'est celui-là qu'il faut choisir. » *Développement et principes du droit international humanitaire*, A. Pedone, Paris / Institut Henry-Dunant, Genève, 1983, p. 92.

donc s’efforcer de déterminer dans quelle mesure leurs déclarations peuvent être généralisées et si elles peuvent influencer, et de quelle manière, le débat plus général et plus théorique sur les droits de l’homme et le droit humanitaire.

Les conflits armés non internationaux

On peut admettre, sans risque de controverse, qu’en ce qui concerne la conduite des hostilités – c’est-à-dire, en termes simples, les situations qui se produisent sur le champ de bataille – le droit humanitaire constituera le plus souvent la *lex specialis* par rapport aux droits de l’homme, mais deux situations sont plus problématiques : l’usage de la force dans les conflits armés non internationaux et le recours à la force dans les situations d’occupation où les droits de l’homme ont un rôle important à jouer. Le droit humanitaire est-il toujours la *lex specialis* dans ces situations ?

Le droit humanitaire

Le droit humanitaire conventionnel des conflits armés non internationaux ne contient qu’un très petit nombre de règles relatives à la conduite des hostilités. La plus importante d’entre elles est la protection des personnes civiles contre les attaques, sauf si elles participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation, protection consacrée par le paragraphe 3 de l’article 13 du Protocole additionnel II. Presque personne ne conteste, cependant, que les règles qui régissent la conduite des hostilités – comme la distinction, la proportionnalité et la précaution – relèvent du droit international humanitaire coutumier applicable aux conflits armés non internationaux¹⁴².

Tout le problème réside dans le fait que dans un conflit armé non international, le statut de combattant n’existe pas. On pourrait en conclure qu’il n’y a, dans ce type de conflit, que des civils, en dehors des forces armées du gouvernement, ce qui signifierait que les membres de groupes armés ne pourraient être attaqués que lorsqu’ils combattent activement, mais pas à un autre moment. D’un point de vue militaire, cette option n’est pas considérée comme réalisable ; elle ne reflète pas la réalité du conflit armé. Elle créerait en outre un déséquilibre entre les membres des forces armées gouvernementales, qui pourraient alors être attaqués en tout temps, et les membres des groupes armés, qui ne pourraient pas l’être. Durant la rédaction du Protocole additionnel II, l’intention n’a jamais été d’exclure en tout temps les attaques contre les membres de groupes armés qui combattent le gouvernement. Au contraire, le commentaire du Protocole additionnel II de 1977 précise que « [l]es personnes qui appartiennent aux forces armées ou aux groupes armés peuvent être attaquées en tout temps »¹⁴³. De fait, le principe de la distinction perdrait son sens si tout le monde était civil ; le gouvernement doit précisément faire la distinction entre

142 Voir Henckaerts et Doswald-Beck, *op. cit.* (note 133), règles 1, 2, 5 à 24.

143 Sandoz, Swinarski et Zimmerman, *op. cit.* (note 23), par. 4789.

la population civile et les combattants des groupes d'opposition armés. Qui donc, en définitive, peut être attaqué, et dans quelles conditions ?

On peut, grossièrement, distinguer trois façons de concevoir la manière de cibler les membres des groupes armés dans un conflit armé non international. La première consiste à considérer que si un membre d'un groupe armé exerce une fonction de combat permanente, bien qu'il demeure un civil¹⁴⁴, le simple fait de détenir cette fonction de combat revient à une participation directe aux hostilités, et que cette personne peut par conséquent être attaquée en tout temps (c'est une sorte de participation directe « continue » aux hostilités)¹⁴⁵. La deuxième conception consiste à définir les membres de groupes armés qui exercent une fonction de combat permanente comme des « combattants aux fins de la conduite des hostilités », mais sans leur conférer *un statut* de combattant ni l'immunité due aux combattants comme dans un conflit armé international¹⁴⁶. La troisième méthode consiste à considérer que toute personne qui n'est pas officiellement un combattant – c'est-à-dire qui n'est pas membre des forces armées – est un civil, et ne peut être attaqué que lorsque, et aussi longtemps, qu'il participe directement aux hostilités.

Les deux premières conceptions ont pour conséquence que les membres de groupes armés ayant une fonction de combat pourraient, au regard du droit international humanitaire, être attaqués en tout temps. Les règles restreignant l'emploi de la force à leur égard seraient les règles régissant les moyens et méthodes de guerre : par exemple, les règles relatives à l'emploi des armes, l'interdiction de la perfidie, ou l'interdiction de ne pas faire de quartier.

144 La Cour suprême d'Israël a considéré que les membres de groupes « terroristes » continuent à être des civils qui peuvent être pris pour cible s'ils participent directement aux hostilités, et aussi longtemps que dure cette participation. *The Public Committee against Torture in Israel and the Palestinian Society for the Protection of Human Rights and the Environment v. the Government of Israel, the Prime Minister of Israel, the Minister of Defence, the Israel Defense Forces, the Chief of General Staff of the Israel Defense Forces, and Surat HaDin – Israel Law Center and 24 Others*, la Cour suprême siégeant en sa capacité de Haute Cour de Justice, arrêt du 11 décembre 2005 (ci-après affaire des opérations meurtrières ciblées), par. 28. La Cour a cependant évité de répondre à la question de savoir ce qu'il faut entendre par « aussi longtemps que dure cette participation » (par. 40).

145 Voir *Third Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities, Geneva, 23–25 October 2005, Summary Report*, pp. 48-49 (disponible en ligne à l'adresse [http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/participation-hostilities-ihl-311205/\\$File/Direct_participation_in_hostilities_2005_eng.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/participation-hostilities-ihl-311205/$File/Direct_participation_in_hostilities_2005_eng.pdf)) (date d'accès : 20 avril 2009). Le point de vue semble être le même que celui de la Cour suprême d'Israël dans l'affaire des opérations meurtrières ciblées (*op. cit.*, note 144), par. 39 : « un civil qui a adhéré à une organisation terroriste qui est devenue son « foyer », et qui, dans le contexte de son rôle au sein de cette organisation commet une série d'actes d'hostilités séparés par de courts intervalles, perd son immunité contre les attaques « aussi longtemps » qu'il commet la série d'actes ». La Cour suprême, cependant, reconnaît aussi l'existence d'une zone grise entre cette situation et celle d'un civil qui ne participe qu'une fois, ou de manière sporadique, aux hostilités, et qui ne peut être attaqué que pendant ces périodes, zone grise « sur laquelle le droit international humanitaire coutumier ne s'est pas encore cristallisé » (par. 40) [traduction CICR].

146 Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflicts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 29 ; Kretzmer, *op. cit.* (note 103), pp. 197-198 ; Sandoz, Swinarski et Zimmermann, *op. cit.* (note 23), par. 4789 ; Commission interaméricaine des droits de l'homme, Report on Terrorism and Human Rights, OEA/Ser.L/V/II.116, doc. 5 rev. 1 corr., 22 octobre 2002, par. 69 (disponible en ligne à l'adresse <http://cidh.org/Terrorism/Eng/toc.htm>) (date d'accès 22 juin 2009).

Or, tant la doctrine que la jurisprudence montrent que cette solution pose problème, en partie tout au moins. En effet, si l’on peut aisément admettre que « des rebelles qui sont organisés, armés et rassemblés ne peuvent être arrêtés »¹⁴⁷, il est beaucoup plus discutable de soutenir qu’un membre d’un groupe armé – même s’il a des fonctions de combat permanentes – peut en tout temps être pris pour cible sans tenir compte des restrictions imposées par le droit des droits de l’homme. Un membre des Forces armées révolutionnaires de Colombie (FARC) pourrait-il donc être pris pour cible alors qu’il fait ses courses à Bogota, en lieu et place d’une opération conçue de manière à l’arrêter ? Un membre présumé du Parti des travailleurs du Kurdistan (PKK) pourrait-il être visé par des moyens meurtriers, en accord avec les principes du droit humanitaire, alors qu’il participe à une manifestation ? Peut-on employer la force létale, sans sommation, contre un rebelle tchéchène à Moscou s’il se trouve à son domicile ? La principale question pratique qui se pose est de savoir si ces personnes doivent être arrêtées – à condition que la possibilité existe – plutôt que tuées. Les règles traditionnelles du droit humanitaire doivent-elles l’emporter dans une situation de ce type, doivent-elles être influencées par le droit relatif aux droits de l’homme, ou les droits de l’homme doivent-ils prendre le dessus en tant que *lex specialis* ?

On cherchera en vain une réponse claire à cette question dans le droit international humanitaire conventionnel. Comme nous l’avons indiqué plus haut, le principe de la nécessité militaire, interprété strictement, peut interdire de tirer pour tuer un combattant dans des circonstances où cet acte n’est pas indispensable pour atteindre un objectif militaire concret, mais cette interprétation de la nécessité militaire demeure sujette à controverse¹⁴⁸. D’autre part, des cas de ce type ont été soumis de plus en plus souvent à des organes des droits de l’homme, qui les ont traités sous l’angle de cette branche de droit.

La jurisprudence des droits de l’homme

L’une des premières affaires de ce type fut *Suárez de Guerrero c. Colombie*¹⁴⁹, qui fut soumise au Comité des Nations Unies pour les droits de l’homme. Les autorités soupçonnaient les membres d’un groupe armé d’opposition d’avoir enlevé un ancien ambassadeur et de le retenir en otage dans une maison de Bogota. L’otage n’a pas été retrouvé, mais les policiers ont attendu le retour des rebelles et les ont abattus. Le Comité des droits de l’homme a conclu que :

147 Louise Doswald-Beck, « The Right to Life in Armed Conflict: Does International Humanitarian Law Provide All the Answers? », *International Review of the Red Cross*, vol. 88, N° 864 (décembre 2006), p. 885 [traduction CICR].

148 Voir *Third Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities*, *op. cit.* (note 145), pp. 45-46.

149 Comité des droits de l’homme, communication N° R.11/45, *Guerrero c. Colombie*, constatations adoptées le 31 mars 1982, Documents officiels de l’Assemblée générale, trente-septième session, Supplément N° 40, doc. Nations Unies A/37/40, annexe XI [N.B. ce document n’est pas disponible en français. Traduction CICR].

La police a apparemment agi sans avertir les victimes et sans leur donner la possibilité de se rendre à la patrouille de police ou d'expliquer leur présence ou leurs intentions. Aucun élément n'a prouvé que l'action de la police était nécessaire à leur défense ou à celle d'autres individus, ou aux fins de l'arrestation ou encore pour empêcher la fuite des personnes concernées. [...] l'action de la police ayant entraîné la mort de M^{me} Maria Fanny Suarez de Guerrero était disproportionnée par rapport aux critères du respect de l'ordre public de cette affaire¹⁵⁰.

Le Comité des droits de l'homme a aussi critiqué la politique israélienne de « targeted killings » (opérations meurtrières ciblées), dans la mesure où elles sont utilisées, du moins en partie, comme mesure de dissuasion ou de sanction, et il a demandé que « avant de recourir à l'emploi d'une force meurtrière, tous les moyens permettant d'arrêter une personne soupçonnée d'être en train de commettre un acte de terrorisme devraient être épuisés »¹⁵¹.

La Commission interaméricaine a généralement considéré que les membres de groupes armés qui assumaient des fonctions de combattants ne pouvaient pas reprendre le statut de civil, ni alterner de quelque manière que ce soit entre le statut de combattant et celui de civil.

La jurisprudence la plus abondante est celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Avant de l'aborder ici, il faut relever qu'aucun des gouvernements mis en cause dans ces affaires n'a avancé l'argument qu'un conflit armé se déroulait dans leur pays.

L'affaire « fondatrice » en matière de recours à la force devant la Cour européenne des droits de l'homme a été l'affaire *McCann et autres c. Royaume-Uni*, concernant le meurtre de membres de l'IRA par les forces spéciales britanniques à Gibraltar. Dans cette affaire, la Cour a considéré non seulement que la force utilisée par les militaires doit être proportionnée au moment où elle est employée, mais encore que les opérations – même contre des terroristes – doivent être planifiées de manière telle à réduire au minimum, autant que faire se peut, le recours à la force meurtrière¹⁵². Ce principe fondamental sous-tend tous les arrêts ultérieurs de la Cour relatifs à l'emploi de la force, qu'il s'agisse de maintien de l'ordre ou d'opérations militaires¹⁵³.

Dans l'affaire *Güleç c. Turquie* – dans laquelle la police avait ouvert le feu contre une foule de manifestants pour les disperser –, le gouvernement a soutenu qu'il avait été contraint d'employer la force létale, en raison de la présence soupçonnée de membres du PKK parmi les manifestants¹⁵⁴. La Cour n'a pas accepté

150 *Ibid.*, par. 13.2, 13.3 [traduction CICR].

151 Comité des droits de l'homme, Observations finales – Israël, doc. Nations Unies CCPR/CO/78/ISR, 21 août 2003, par. 15 [traduction CICR].

152 Affaire *McCann et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.* (note 132), par. 194; *Gül c. Turquie*, requête N° 22676/93, arrêt du 14 décembre 2000, par. 84 [N. B. le texte de cet arrêt n'est disponible qu'en anglais].

153 Voir la dernière affaire en date, *Akhmadov et autres c. Russie*, arrêt du 14 novembre 2008, cas n° 21586/02, par. 100 [N. B. le texte de cet arrêt n'est disponible qu'en anglais].

154 Affaire *Güleç c. Turquie*, arrêt du 27 juillet 1998, Recueil 1998-IV, par. 67.

cet argument, considérant que les autorités auraient dû planifier leur opération de manière à éviter l'emploi de la force létale, en utilisant un équipement approprié : matraques, boucliers, canons à eau, balles en caoutchouc ou gaz lacrymogènes, d'autant plus que la manifestation se déroulait dans une région soumise à l'état d'urgence, où l'on pouvait à l'époque des faits s'attendre à des troubles¹⁵⁵. Dans l'affaire *Gül c. Turquie*, les policiers avaient tiré à travers la porte que Mehmet Gül était en train d'ouvrir après qu'ils aient frappé. La Cour a conclu que l'affirmation de la police selon laquelle Mehmet Gül avait tiré sur eux n'était pas fondée. Elle a jugé que le fait d'ouvrir le feu à l'arme automatique sur une cible invisible dans un bâtiment résidentiel où vivent des civils innocents était totalement disproportionné¹⁵⁶. Dans l'affaire *Oğur c. Turquie*, le gouvernement a affirmé que l'objectif des membres des forces de sécurité avait été d'appréhender la victime, considérée comme terroriste, et qu'ils auraient fait face à une « riposte armée très importante », à laquelle ils auraient répondu par des tirs d'avertissement, dont l'un aurait touché Musa Oğur alors qu'il fuyait. La Cour, estimant qu'il n'était pas suffisamment établi que les forces de sécurité auraient subi une quelconque attaque armée, a conclu que le recours à la force n'était pas proportionné, puisqu'aucune sommation n'avait été donnée et puisque le tir d'avertissement avait été mal exécuté¹⁵⁷.

Dans l'affaire *Hamiyet Kaplan et autres c. Turquie*, la Cour a admis que des combats violents avaient opposé les forces gouvernementales et le PKK. Quatre personnes, dont deux enfants, avaient perdu la vie dans une opération menée par les forces de l'ordre contre des éventuels membres présumés du PKK, au cours de laquelle un policier de rang supérieur avait été tué par des balles provenant de la maison des suspects. La Cour a admis qu'il y avait eu affrontement armé entre la police et les personnes qui se trouvaient dans la maison, écartant l'hypothèse de l'exécution extrajudiciaire par les policiers¹⁵⁸. La Cour a cependant relevé qu'aucune distinction n'avait été opérée, pendant l'opération, entre les méthodes meurtrières et non meurtrières : les policiers avaient exclusivement utilisé des armes à feu, sans faire usage de gaz lacrymogène ni de grenades paralysantes. La « violence incontrôlée » de l'assaut lancé contre la maison ne pouvait donc qu'impliquer de grands risques pour la vie des personnes suspectées. La Cour a critiqué l'absence d'instructions et d'un cadre législatif suffisant permettant d'éviter le recours à une force meurtrière par les policiers, et a conclu à une violation du droit à la vie¹⁵⁹. Là encore, bien que la Cour n'ait pas contesté le fait que les personnes suspectées d'appartenir au PKK aient réagi en ouvrant le feu, elle a appliqué à la situation les strictes exigences qui s'imposent aux forces de l'ordre pour faire respecter la loi.

Ces affaires présentent une caractéristique commune, à savoir que bien que les personnes concernées fussent des terroristes prétendus ou soupçonnés,

155 *Ibid.*, par. 71 à 73.

156 *Gül c. Turquie*, *op. cit.* (note 152), par. 82.

157 *Oğur c. Turquie*, arrêt du 20 mai 1999, Recueil 1999-III, par. 80 à 84.

158 *Hamiyet Kaplan et autres c. Turquie*, arrêt du 13 septembre 2005, cas n° 36749/97, par. 50.

159 *Ibid.*, par. 51 à 55. Voir aussi ECtHR, affaire *Akhmadov et autres c. Russie*, *op. cit.* (note 153), par. 99.

la Cour n'en a pas moins appliqué toute la panoplie des mesures prévues par le droit des droits de l'homme pour préserver le droit à la vie, y compris la nécessité d'éviter le recours à la force, d'employer des armes permettant d'éviter des blessures fatales, et de procéder à des sommations.

Dans un certain nombre d'affaires récentes concernant des opérations de sécurité contre des rebelles kurdes en Turquie et des rebelles tchéchènes en Russie, la Cour européenne des droits de l'homme a employé des termes beaucoup plus proches du droit humanitaire que du droit des droits de l'homme. Dans plusieurs affaires postérieures à *Ergi c. Turquie*, la Cour, pour évaluer la proportionnalité de l'emploi de la force au regard de l'article 2 de la Convention européenne, a jugé que la responsabilité de l'État peut être engagée lorsque ses agents « n'ont pas, en choisissant les moyens et méthodes à employer pour mener une opération de sécurité contre un groupe d'opposants, pris toutes les précautions en leur pouvoir pour éviter de provoquer accidentellement la mort de civils, ou à tout le moins pour réduire ce risque »¹⁶⁰. Or, cette norme figure non pas dans des textes de droit relatif aux droits de l'homme, mais bien dans l'obligation, inscrite à l'alinéa 2 a) ii) de l'article 57 du Protocole additionnel I, de prendre ces précautions dans l'attaque. La Cour a admis que l'emploi de la force contre les membres de groupes armés organisés pouvait provoquer des blessures aux civils, sans que cet emploi de la force doive nécessairement être qualifié de disproportionné¹⁶¹. Comme indiqué plus haut, ce critère diffère quelque peu de celui du droit relatif aux droits de l'homme, car il n'exige ni que la force ne soit utilisée qu'en dernier recours, ni que tout recours à la force soit évité dans toute la mesure possible, pour épargner non seulement les civils innocents, mais aussi la personne visée.

Dans l'affaire *Issaïeva, Youssoupova et Barzaïeva*, des civils avaient perdu la vie lors du bombardement d'un convoi civil. La Cour a évoqué, en termes généraux, la nécessité de limiter autant que possible le recours à la force létale¹⁶², mais le critère qu'elle a employé était en réalité de savoir si les dommages causés aux personnes civiles auraient pu être évités « dans les environs de ce que les militaires ont pu prendre pour des cibles légitimes »¹⁶³. En revanche, dans l'affaire *Issaïeva c. Russie* – dans laquelle la plaignante et les membres de sa famille avaient été bombardés par l'artillerie et l'aviation alors qu'ils essayaient de quitter un village par une voie de sortie qu'ils avaient été amenés à croire sûre –, la Cour a adopté une position légèrement différente. Tout en reconnaissant la nécessité de mesures exceptionnelles dans le contexte du conflit en

160 Affaire *Ergi c. Turquie*, *op. cit.* (note 43), par. 79; affaire *Ahmet Özkan et autres c. Turquie*, *op. cit.* (note 43), par. 297. Dans l'affaire *Ergi*, la Cour a formulé des exigences très élevées en matière de mesures de précaution, allant jusqu'à évoquer la protection des civils contre les tirs de membres armés du PKK pris dans l'embuscade (par. 79 et 80).

161 Affaire *Ahmet Özkan et autres c. Turquie*, *op. cit.* (note 43), par. 305; la Cour a cependant considéré dans cette affaire que les forces de sécurité auraient dû vérifier, après les opérations de combat, si des civils avaient été blessés (par. 307).

162 Affaire *Issaïeva, Youssoupova et Barzaïeva c. Russie*, *op. cit.* (note 43), par. 171; dans l'affaire *Issaïeva c. Russie*, *op. cit.* (note 43), par. 175-176, la Cour cite les deux normes.

163 Affaire *Issaïeva, Youssoupova et Barzaïeva c. Russie*, *op. cit.* (note 43), par. 175.

Tchéchénie¹⁶⁴, la Cour a rappelé que la Russie n’avait pas décrété l’état d’urgence, ni notifié de dérogation au titre de l’article 15 de la Convention ; de ce fait, la situation devait « être appréciée à l’aune d’un contexte juridique normal »¹⁶⁵. La Cour a ensuite considéré que :

Même confrontés à une situation où, comme l’affirme le Gouvernement, la population du village avait été prise en otage par un important groupe de combattants bien équipés et bien entraînés, [...] [l]’utilisation massive d’armes frappant sans discrimination [...] ne saurait être jugée compatible avec les exigences de précaution qui doivent être observées dans le cadre d’une opération de cette nature impliquant l’usage de la force létale par des agents de l’Etat.¹⁶⁶

La Cour a encore ajouté que les villageois auraient dû être avertis plus tôt des attaques et auraient dû pouvoir quitter le village plus rapidement¹⁶⁷. Ainsi, elle a appliqué le modèle des droits de l’homme, fondé sur une situation d’application des lois, mais elle a aussi pris en considération la situation de rébellion et s’est attachée davantage à la nature aveugle des armes employées et à l’absence d’avertissement et de passage sûr pour les civils. Elle n’a pas mis en doute le fait que les rebelles pouvaient être attaqués, même s’ils ne représentaient pas une menace immédiate¹⁶⁸.

On peut déduire de sa jurisprudence que la Cour européenne des droits de l’homme opère une distinction – non explicite et pas toujours parfaitement cohérente – entre deux grandes catégories de cas : d’une part, des situations telles que celles des affaires *McCann*, *Gül*, *Oğur* ou *Kaplan*, dans lesquelles des membres individuels de groupes armés, ou des membres présumés de tels groupes, sont tués dans un contexte où toutes les précautions nécessaires n’ont pas été prises pour éviter entièrement le recours à la force létale, y compris à l’égard de ces personnes ; et d’autre part, des situations telles que celles des affaires *Ergi*, *Özkan* ou *Issaïeva*, *Youssouпова et Bazaïeva* et *Issaïeva*, dans lesquelles les forces gouvernementales sont engagées dans des opérations de lutte contre des mouvements insurrectionnels ou dans des opérations de combat proprement dites contre un groupe armé. Dans ces dernières affaires, la Cour semble appliquer des critères qui sont, implicitement sinon explicitement, inspirés par le droit humanitaire, en particulier la question de savoir si tout a été entrepris pour éviter des pertes incidentes en vies civiles. La Cour ne conteste pas le droit des forces gouvernementales d’attaquer les forces d’opposition, et elle n’exige pas que la force létale soit évitée même en l’absence de menace immédiate. Elle semble cependant aller un peu plus loin que le droit humanitaire traditionnel, en particulier lorsqu’elle exige que la population locale soit avertie de l’arrivée probable de rebelles dans son village¹⁶⁹, ou qu’il soit

164 Affaire *Issaïeva c. Russie*, *op. cit.* (note 43), par. 180.

165 *Ibid.*, par. 191.

166 *Ibid.*, par. 191.

167 *Ibid.*, par. 193 à 200.

168 Elle semble cependant exiger, dans l’affaire *Akhmadov et autres c. Russie* (*op. cit.*, note 153) que les combattants illégaux constituent un danger pour les militaires (par. 101).

169 Affaire *Issaïeva c. Russie*, *op. cit.* (note 43), par. 187.

tenu compte du fait que les tirs du groupe d'opposition pourraient mettre en danger la vie des villageois¹⁷⁰.

Enfin, il y a lieu d'évoquer une affaire sur laquelle la Cour suprême d'Israël a été appelée à se prononcer récemment. La Cour suprême a eu à connaître de cas d'opérations meurtrières ciblées contre des membres de groupes armés, non pas dans le contexte d'un conflit armé non international, mais dans un contexte d'occupation. Ses conclusions sont pourtant instructives aux fins de notre analyse, car la Cour suprême a pris en considération à la fois les normes de droit humanitaire et celles des droits de l'homme. Considérant les « terroristes » comme « des civils qui sont des combattants illégaux »¹⁷¹, et jugeant que les civils qui ont adhéré à une « organisation terroriste » et commis une série d'actes d'hostilité perdent leur immunité contre les attaques aussi longtemps qu'ils commettent cette succession d'actes, c'est-à-dire y compris dans les intervalles entre les actes individuels qui composent cette série¹⁷², la Cour a jugé que :

Une personne civile qui participe directement aux hostilités ne peut être attaquée au moment de sa participation s'il est possible d'employer un moyen moins préjudiciable. Dans notre droit national, cette règle découle du principe de proportionnalité. En effet, on doit choisir, parmi les moyens militaires, ceux qui provoquent le moins de dommages à la personne touchée [...]. Par conséquent, si un terroriste qui participe directement aux hostilités peut être arrêté, interrogé et jugé, il convient de recourir à ces moyens [...]. Un État de droit recourt, dans toute la mesure possible, à des procédures légales plutôt qu'à la force. [...] Il n'est pas toujours possible d'utiliser les moyens que sont l'arrestation, l'enquête et le procès. Dans certains cas, ces options n'existent tout simplement pas, tandis que dans d'autres cas, elles entraîneraient un tel risque pour la vie des soldats qu'elles ne sont pas requises. [...] Il convient cependant d'évaluer dans tous les cas si elles sont praticables. Ces options pourraient être particulièrement adaptées dans des situations d'occupation belligérante, lorsque l'armée contrôle la zone dans laquelle se déroule l'opération, et dans laquelle l'arrestation, l'enquête et le procès sont parfois des options réalisables. [...] Il se peut naturellement, selon les circonstances précises d'une situation spécifique, que cette possibilité n'existe pas. Dans certains cas, ces mesures pourraient entraîner davantage de dommages pour les civils innocents se trouvant à proximité que le fait de s'en abstenir. Dans une telle situation, il convient de ne pas y recourir. [...] Après une attaque contre une personne civile soupçonnée de participer activement, à ce moment-là, aux hostilités, une enquête approfondie doit être réalisée (après coup) sur la précision avec laquelle la cible a été identifiée et sur les circonstances de l'attaque. Cette enquête doit être indépendante [...]¹⁷³.

170 Affaire Ergi c. Turquie, *op. cit.* (note 43), par. 79.

171 Affaire des opérations meurtrières ciblées, *op. cit.* (note 144), par. 28 [traduction CICR].

172 *Ibid.*, par. 39 [traduction CICR].

173 *Ibid.*, par. 40 (les citations ont été omises) [traduction CICR].

On constate que la Cour suprême a fondé ses conclusions sur le droit national, mais en se référant longuement à la doctrine ainsi qu’à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme. En d’autres termes, la Cour suprême a bien tenu compte des droits de l’homme, comme le montrent les formulations employées (« ceux qui provoquent le moins de dommages à la personne touchée »). La Cour a exigé qu’il soit procédé à une arrestation dans tous les cas où cela est possible, et que tout emploi de la force donne lieu à une enquête. Sans exiger l’arrestation dans toutes les situations, elle exige une enquête après chaque issue fatale.

L’interaction possible entre droit humanitaire et droits de l’homme

Une chose ressort clairement de toutes les décisions citées ci-dessus (étant entendu cependant que la plupart d’entre elles émanent de la Cour européenne des droits de l’homme) : les membres présumés de groupes armés, « insurgés » ou « terroristes », ne peuvent être abattus délibérément s’il existe une possibilité de les arrêter. Tel est le cas, la plupart du temps, lorsqu’ils sont surpris à leur domicile ou à proximité de celui-ci¹⁷⁴ ou loin de toute situation de combat.¹⁷⁵ La jurisprudence de la Cour européenne indique que tel n’est pas le cas lorsque les forces gouvernementales combattent activement des groupes armés.

Comme le soulignent de nombreux auteurs, le droit humanitaire et les droits de l’homme conduisent souvent au même résultat. Le résultat de la plupart des affaires portées devant des organes des droits de l’homme aurait probablement été le même s’il avait été tranché en vertu du droit humanitaire, car si les principes restrictifs de la nécessité militaire et de l’humanité sont acceptés, les membres combattants des groupes armés qui ne participent pas directement aux hostilités doivent, si cela est pratiquement possible dans les circonstances, être arrêtés plutôt que tués.

Toutefois – sauf à interpréter de manière extrêmement large le droit humanitaire à la lumière du droit relatif aux droits de l’homme¹⁷⁶ –, les restrictions à l’emploi de la force semblent plus rigoureuses en droit des droits de l’homme qu’en droit humanitaire. Premièrement, toute opération entraînant l’emploi de la force, y compris les opérations militaires dans un conflit armé non international¹⁷⁷, doit être planifiée au préalable de manière à éviter, dans toute la mesure possible, le recours à la force létale. Deuxièmement, les armes doivent être choisies de manière à éviter autant que faire se peut d’employer

174 Comme dans les affaires *Guerrero c. Colombie*, *op. cit.* (note 38), *Gül c. Turquie*, *op. cit.* (note 152) et *Oğur c. Turquie*, *op. cit.* (note 157).

175 Comme dans l’affaire *Güleç c. Turquie*, *op. cit.* (note 154).

176 Comme dans : Gaggioli et Kolb, *op. cit.* (note 119), pp. 148-149; Francisco Forrest Martin, « The United Use of Force Rule: Amplifications in Light of the Comments of Professors Green and Paust », *Saskatchewan Law Review*, vol. 65 (2002), p. 405; Francisco Forrest Martin, « The United Use of Force Rule Revisited: The Penetration of the Law of Armed Conflict by International Human Rights Law », *Saskatchewan Law Review*, vol. 65 (2002), p. 451.

177 Voir l’affaire *Akhmadov et autres c. Russie*, *op. cit.* (note 153), par. 100.

cette force létale. Troisièmement, toute violation suspectée du droit à la vie doit donner lieu à une enquête indépendante et impartiale; les membres de la famille de la personne tuée ont droit à une voie de recours s'ils peuvent raisonnablement avancer qu'une violation du droit à la vie a été commise, et à réparation individuelle si cette violation est avérée. On constate au vu de ces différences que la question de savoir quel ensemble de règles juridiques s'applique à tel ou tel cas particulier d'emploi de la force demeure importante sur le plan pratique. On peut aborder la question de l'interaction des deux branches de droit de plusieurs manières.

En ce qui concerne l'emploi de la force dans des conflits armés non internationaux, la première méthode consiste à limiter l'application du droit humanitaire à la zone géographique où se déroulent les combats. On peut trouver quelques arguments à l'appui de cette méthode dans l'affaire *Tadić*:

Les Conventions de Genève restent silencieuses sur le champ géographique des « conflits armés » internationaux mais les dispositions suggèrent qu'au moins certaines des clauses desdites Conventions s'appliquent à l'ensemble du territoire des Parties au conflit et pas simplement au voisinage des hostilités effectives. Indéniablement, certaines des dispositions sont clairement liées aux hostilités et le champ géographique de ces dispositions devrait y être limité. D'autres, en particulier celles se rapportant à la protection des prisonniers de guerre et des civils, ne sont pas restreintes de la même façon¹⁷⁸.

Ce passage de l'arrêt *Tadić* pourrait être interprété comme restreignant l'application de certaines règles du droit humanitaire aux situations de combat, laissant ainsi le champ libre au droit des droits de l'homme dans toutes les autres situations. Cependant, la jurisprudence ultérieure du TPIY n'a pas confirmé cette conception, selon laquelle certaines parties du droit humanitaire, mais pas toutes, seraient appliquées à la totalité du conflit. Dans l'affaire *Kunarac*, la Chambre d'appel a clairement dit que le critère décisif pour l'application du droit humanitaire est qu'il y ait conflit armé et que les actes en question soient étroitement liés au conflit¹⁷⁹. Pour expliquer la relation entre le droit humanitaire et les lois applicables en temps de paix, la Chambre a considéré que « [l]e droit de la guerre ne supprime pas nécessairement les lois en vigueur en temps de paix: il peut leur adjoindre des éléments nécessaires à la protection qui doit être assurée aux victimes en temps de guerre »¹⁸⁰. Ce principe, transposé à la relation entre droit humanitaire et droit des droits de l'homme, signifie que si, dans une situation de conflit armé, le droit humanitaire s'applique sur l'ensemble du territoire du pays, il ne constitue pas le seul ensemble

178 TPIY, affaire *Le Procureur c. Duško Tadić, alias «Dule»*, affaire N° IT-94-AR72 (Chambre d'appel), arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, par. 68.

179 TPIY, affaire *Le Procureur c. Kunarac et consorts*, affaire N° IT-96-23 & IT-96-23/1-A (Chambre d'appel), 12 juin 2002, par. 55 à 60.

180 *Ibid.*, par. 60.

de règles juridiques applicable. Les autorités de l'État peuvent avoir à observer aussi, en pareil cas, des exigences contenues dans le droit relatif aux droits de l'homme. Cette manière de voir est convaincante : en effet, si le conflit s'articule autour d'un élément central – par exemple si les forces de sécurité poursuivent un membre d'un groupe armé –, il serait contraire à l'objet et à la raison d'être du droit humanitaire de le négliger totalement. Cela mènerait à une dichotomie du droit humanitaire, avec d'une part des règles s'appliquant en tout temps (par exemple celles relatives à la détention), tandis que d'autres (sur la conduite des hostilités) ne s'appliqueraient pas dans tous les cas.

Si l'on entend maintenir l'application indivisible du droit humanitaire et des droits de l'homme à l'ensemble du territoire, la meilleure méthode consiste donc à appliquer la règle de la *lex specialis*. Pour ce qui est du droit fondamental à la vie – c'est-à-dire de la licéité d'un meurtre –, la question de savoir lequel des deux corpus de droit constitue la *lex specialis* doit être tranchée en se fondant sur leur objet et leur mission essentielle : le droit des droits de l'homme est axé sur l'emploi de la force aux fins de l'application des lois, tandis que le droit humanitaire, de manière générale, se focalise sur le champ de bataille (à l'exception des situations d'occupation, sur lesquelles nous reviendrons plus bas). Par conséquent, appliquer le droit relatif aux droits de l'homme n'est réaliste que s'il est concrètement possible de recourir aux moyens propres au maintien de l'ordre, c'est-à-dire uniquement dans des opérations menées par les forces de sécurité (qu'elles relèvent de l'armée ou de la police) exerçant un contrôle effectif sur la situation. Dans ce type de situation, les droits de l'homme constituent la *lex specialis*. En revanche, dans des situations de combat, c'est le droit humanitaire qui représente la *lex specialis*¹⁸¹.

En ce qui concerne la conduite des hostilités, le droit des droits de l'homme est généralement suffisamment souple pour faire sa place à la *lex specialis* du droit humanitaire. C'est ici que la déclaration de la Cour internationale de justice prend toute sa pertinence : « C'est toutefois, en pareil cas, à la *lex specialis* applicable, à savoir le droit applicable dans les conflits armés, conçu pour régir la conduite des hostilités, qu'il appartient de déterminer ce qui constitue une privation arbitraire de la vie »¹⁸². L'unique exception à ce principe figurerait dans l'article 2 de la Convention européenne des droits de

181 Voir aussi, à cet égard, Marco Sassòli, « La Cour européenne des droits de l'homme et les conflits armés », dans : Stephan Breitenmoser, Bernhard Ehrenzeller, Marco Sassòli, Walter Stoffel et Beatrice Wagner Pfeifer (éd.), *Droits de l'homme, démocratie et État de droit, Liber Amicorum Luzius Wilhaber*, Dike, Zürich, 2007, pp. 709, 721 ; Marco Sassòli, « Le droit international humanitaire, une *lex specialis* par rapport aux droits humains ? », dans : Andreas Auer, Alexandre Flückiger et Michel Hottelier (éd.), *Les droits de l'homme et la constitution, Etudes en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni*, Collection Genevoise, Schulthess, Zurich, 2007, p. 394.

182 Affaire des *Armes nucléaires*, *op. cit.* (note 46), par. 25 ; cependant, l'avis rendu par la Cour internationale de justice ne fait pas de différence entre les situations ou les types de conflit armé, et il visait sans doute, sans réflexion particulière, à signifier que le droit humanitaire était invariablement la *lex specialis* dans un conflit armé ; voir, par exemple, Leslie Green, « The 'Unified Use of Force Rule' and the Law of Armed Conflict: A Reply to Professor Martin », *Saskatchewan Law Review*, vol. 65 (2002), p. 427.

l'homme, qui n'évoque pas la « privation arbitraire de la vie », mais qui – même s'il contient des critères beaucoup plus stricts – peut faire l'objet de dérogation au titre de l'article 15 de la Convention « pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre ». En l'absence de dérogation, la Cour a cependant tacitement appliqué des règles du droit humanitaire à des situations caractéristiques de conflit armé, dans lesquelles le droit humanitaire représente effectivement la *lex specialis*.

En dehors des situations relatives à la conduite des hostilités, le droit humanitaire peut généralement être interprété à la lumière du droit des droits de l'homme¹⁸³, ou être complété par ce dernier. Ce n'est qu'en cas d'incompatibilité entre les deux que les droits de l'homme l'emporteront.

Que faut-il entendre par « contrôle effectif » ? Il n'est guère possible de donner une réponse définitive à cette question, mais on peut néanmoins dégager quelques critères utiles. Le principal d'entre eux est le critère géographique. Les forces gouvernementales maîtrisent plus ou moins la situation selon les zones. Si elles cherchent à arrêter un rebelle loin des zones de combat, elles peuvent y parvenir en recourant aux moyens propres au maintien de l'ordre. Autrement dit, plus la situation est proche du champ de bataille, plus le droit humanitaire l'emportera, et vice versa. Parmi les autres critères pertinents, on peut citer par exemple le degré de résistance armée auquel se heurtent les forces de sécurité, la durée des combats – par opposition à des actes isolés ou sporadiques –, ou encore le type d'arme utilisé. Dans la pratique, la limite ne sera pas toujours aisée à fixer, mais une interprétation cohérente de ces régimes juridiques existants doit chercher à poser un cadre qui fixe quelques repères, tout en demeurant suffisamment souple pour pouvoir s'appliquer au plus grand nombre possible de situations.

L'application des droits de l'homme à des situations de conflit opposant le gouvernement à des groupes armés peut susciter plusieurs objections, dont le fait qu'elle limite l'action du gouvernement, sans restreindre celle des groupes d'opposition armés. De fait, le droit des droits de l'homme, par tradition, ne s'applique qu'aux autorités publiques. Si ce point peut être discuté sur le plan de la doctrine, le fait est que même si les groupes d'opposition armés étaient considérés comme liés par les droits de l'homme, seuls les actes des gouvernements seront contrôlés par les organismes internationaux des droits de l'homme comme le Comité des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme ou la Cour et la Commission interaméricaines des droits de l'homme. Cela signifie-t-il que l'État en est réduit à « combattre avec une main attachée dans le dos »¹⁸⁴ ? On peut répondre à cela que les restrictions supplémentaires

183 Gaggioli et Kolb, *op. cit.* (note 119), pp. 141, 148 et s. Ces auteurs considèrent, par exemple, que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme permet d'interpréter le principe de précaution.

184 Françoise Hampson, « Human Rights and Humanitarian Law in Internal Conflicts », dans : Michael Meyer (éd.), *Armed Conflict and the New Law: Aspects of the 1977 Geneva Protocols and the 1981 Weapons Convention*, British Institute of International and Comparative Law, Londres, 1989, p. 60 [traduction CICR].

découlant du droit des droits de l'homme n'entraînent aucun déséquilibre de ce type entre les forces gouvernementales et les groupes d'opposition armés. Tel serait le cas uniquement s'il y avait égalité dans l'emploi de la force autorisée, une égalité que les exigences supplémentaires imposées au gouvernement viendraient fausser. Or, tel n'est pas le cas, puisque tout groupe non gouvernemental qui s'en prend au gouvernement demeure criminel au regard de la législation nationale, et puisque le droit humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux ne protège pas les membres d'un tel groupe contre des poursuites pénales devant les juridictions nationales, contrairement aux combattants dans un conflit armé international¹⁸⁵.

L'occupation

Contrairement aux conflits armés non internationaux, le recours à la force dans les conflits armés internationaux entraîne généralement davantage d'opérations du type de celles qui se déroulent sur un champ de bataille, spécialement des opérations militaires aériennes, comme dans les conflits entre les États-Unis et l'Afghanistan en 2001, entre la Coalition et l'Irak au printemps 2003, ou entre Israël et le Liban en été 2006. Dans de telles situations, le droit des droits de l'homme ne serait généralement pas applicable, en raison de l'absence de contrôle effectif¹⁸⁶. L'occupation est un cas de figure différent. Elle soulève la question de la relation entre droits de l'homme et droit humanitaire d'une manière qui rappelle davantage le cas des conflits armés non internationaux.

L'une des principales obligations de l'occupant, selon l'article 43 du Règlement de La Haye de 1907, consiste à « prendre toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics ». Cette disposition impose aux autorités occupantes l'obligation de faire respecter la loi, or l'ordre public est généralement rétabli par des opérations policières et non militaires¹⁸⁷. Le droit humanitaire applicable aux situations d'occupation présuppose l'exercice de l'autorité et du contrôle effectifs¹⁸⁸, qui sont rarement une réalité sur le champ de bataille. Le Règlement de La Haye de 1907 établit aussi une distinction claire entre les hostilités, qui font l'objet de la section II, et « l'autorité militaire sur le territoire de l'État ennemi » (section III). Dans le même esprit, la IV^e Convention de Genève stipule clairement que c'est la législation pénale, et non le combat, qui constitue la procédure normale pour assurer le maintien de l'ordre et de la sécurité publics¹⁸⁹.

Quelles sont donc les situations qui exigent que la puissance occupante respecte le droit relatif aux droits de l'homme parce qu'elle remplit ses obliga-

185 Doswald-Beck, *op. cit.* (note 147), p. 890.

186 Tel fut le cas dans l'affaire traitée par la CEDH, *Banković et autres c. Belgique et 16 autres États contractants*, *op. cit.* (note 67).

187 Marco Sassòli, « Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers », *European Journal of International Law*, vol. 16 (2005), p. 665.

188 Règlement de La Haye de 1907, art. 42.

189 IV^e Convention de Genève, art. 64 et 65.

tions au titre du maintien de l'ordre, et les situations dans lesquelles les hostilités en cours exigent le recours à la force en vertu du droit humanitaire ? En termes purement juridiques, la réponse doit être la même que celle avancée plus haut : lorsque la puissance occupante exerce un contrôle effectif, lorsqu'elle se trouve dans une situation de maintien de l'ordre et lorsqu'elle est en mesure de procéder à des arrestations, elle doit agir dans le respect du droit relatif aux droits de l'homme¹⁹⁰.

La question pratique à laquelle la puissance occupante devra répondre est de savoir si elle peut prendre pour cible, avec l'intention de les tuer, les membres des forces ennemies ou des mouvements de résistance organisés (conformément aux règles qui régissent la conduite des hostilités dans un conflit armé international), ou si ses forces doivent procéder à l'arrestation de ces personnes parce qu'elles exercent un contrôle effectif suffisant sur la situation pour procéder de la sorte.

Il est donc nécessaire, dans la pratique, de faire la différence entre diverses situations d'occupation, car si la définition même de l'occupation en droit humanitaire présuppose le contrôle, il y a en réalité des situations d'occupation où le contrôle du territoire n'est que partiel. Lorsque les hostilités continuent ou reprennent, le droit humanitaire relatif à la conduite des hostilités doit l'emporter sur le droit des droits de l'homme, qui présuppose le contrôle pour le maintien de l'ordre. La question qui se pose, bien entendu, est de savoir à quel moment précis on peut considérer que les hostilités ont repris. On ne peut traiter n'importe quelle activité criminelle, même violente, comme une attaque armée. Qu'en est-il de la résistance militaire de groupes qui ne sont pas officiellement membres des forces armées de l'État occupé ? Comme cela a été suggéré lors d'une réunion consacrée au droit à la vie dans les conflits armés, organisée par le Centre universitaire de droit international humanitaire à Genève en 2005¹⁹¹, le critère pour déterminer l'existence d'une situation d'hostilités pourrait être fondé sur celui du TPIY pour établir l'existence d'un conflit armé non international, à savoir une certaine intensité minimale et la durée des violences¹⁹². De telles situations exigeraient une réaction militaire, tandis que des attaques isolées ou sporadiques¹⁹³ pourraient être contrées par des moyens de maintien de l'ordre¹⁹⁴.

190 Voir à cet égard Lubell, *op. cit.* (note 134), pp. 52-53, et Melzer, *op. cit.* (note 103), pp. 224 à 230, quant au fait que le droit humanitaire lui-même conduit à ce résultat.

191 Centre universitaire de droit international humanitaire, *Expert Meeting on the Right to Life in Armed Conflict and Situations of Occupation, 1-2 September 2005*, disponible en ligne à l'adresse http://www.adh-geneve.ch/pdfs/3rapport_droit_vie.pdf (date d'accès : 10 avril 2009).

192 TPIY, affaire *Le Procureur c. Duško Tadić, alias «Dule»*, affaire N° IT-94-AR72 (Chambre d'appel), arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, par. 70 : « conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un Etat ».

193 Voir aussi le par. 2 de l'art. premier du Protocole additionnel II, qui précise que les « situations de tensions internes, de troubles intérieurs, comme les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence et autres actes analogues [...] ne sont pas considérés comme des conflits armés ».

194 Centre universitaire de droit international humanitaire, *Expert Meeting on the Right to Life in Armed Conflict and Situations of Occupation, op. cit.* (note 191), Section D.4.

Bien qu’elle n’ait pas donné lieu à une décision sur cette question précise, l’affaire *Al-Skeini* illustre bien à quel point le choix entre l’application des droits de l’homme et celle du droit humanitaire peut être complexe dans une situation d’occupation, ou plutôt à quel point il est difficile d’appliquer la théorie dans la pratique. L’une des questions posées consistait à savoir si le meurtre de cinq personnes, commis au cours d’opérations de sécurité menées en 2003 par l’armée britannique durant l’occupation de la ville de Basra, en Irak, était licite au regard de la Convention européenne des droits de l’homme. Il était établi que bien que les troupes britanniques occupassent, à l’époque, les provinces irakiennes de Basra et de Maysan¹⁹⁵, le Royaume-Uni n’exerçait aucune autorité exécutive, législative ni judiciaire dans la ville de Basra, mais que ses troupes se trouvaient sur place afin de maintenir l’ordre dans une situation proche de l’anarchie. Une majorité de magistrats de la Cour d’appel ont conclu à l’absence de contrôle effectif aux fins de l’application de la Convention européenne des droits de l’homme¹⁹⁶.

Cette décision montre qu’il y a deux manières différentes de concevoir l’application des droits de l’homme dans des situations d’occupation. La majorité des magistrats a considéré que l’absence de contrôle effectif excluait ne serait-ce que l’application extraterritoriale de la Convention européenne des droits de l’homme. On peut parvenir au même résultat en considérant que, même si les droits de l’homme s’appliquent, la question de la violation du droit à la vie doit être tranchée à la lumière des règles du droit international humanitaire, qui l’emportent en tant que *lex specialis*.

De toute évidence, ce problème et cette variation des règles applicables touchant l’emploi de la force est non seulement cruciale pour la protection des civils sur le terrain, mais aussi déterminante pour les soldats. Pour éviter de commettre des violations, les soldats doivent se voir donner des règles d’engagement claires, et recevoir une formation adaptée. Dans la pratique, le meilleur moyen d’y parvenir consiste à séparer les fonctions de police des fonctions militaires¹⁹⁷. Même en pareil cas, cependant, la distinction entre un criminel de droit commun et un combattant peut parfois être très difficile à faire, comme l’a reconnu, entre autres, un rapport des forces américaines en Irak¹⁹⁸.

195 Affaire *Al-Skeini* (Cour d’appel), *op. cit.* (note 78), par. 119.

196 *Ibid.*, par. 124. La Chambre des Lords était parvenue à la même conclusion que la majorité de la Cour d’appel, mais en se fondant sur le fait que la Loi sur les droits de l’homme ne pouvait être appliquée de manière extraterritoriale. Voir l’affaire *Al-Skeini* (Chambre des Lords du Royaume-Uni), *op. cit.* (note 78), en particulier les par. 26 et 109 à 132.

197 Voir aussi Watkin, *op. cit.* (note 129), p. 24; Sassòli, *op. cit.* (note 187), p. 668.

198 «Le passage d’une phase de combat à des opérations de stabilisation et d’appui exige un changement d’attitude aussi radical que profond. Les soldats qui avaient pour tâche de tuer l’ennemi ont dû passer à des activités de protection et de contact humain, pour retourner ensuite à des missions de combat. Ce changement constant d’attitude mentale complique fortement la tâche du soldat moyen. Les hommes éprouvent un sentiment de confusion et d’incertitude quant aux règles d’engagement, qui continuent à soulever des questions et des dilemmes concernant la protection des forces lorsqu’ils se trouvent postés à des points de contrôle ou lorsqu’ils effectuent des patrouilles.» *After Action Report*, «SUBJECT: Operation Iraqi Freedom After Action Review Comments», April 24, 2003, conducted by TCM C/3-15 Infantry, Task Force 1-64 [declassified], cité dans: Human Rights Watch, *Hearts and Minds*, Annex II, disponible en ligne à l’adresse <http://www.hrw.org/reports/2003/iraq1003/10.htm> (date d’accès: 23 août 2007).

Enquêtes, voies de recours et réparations

Le droit relatif aux droits de l'homme et le droit humanitaire présentent des différences fondamentales sur un certain nombre de questions de procédure liées au droit de recours et au statut de la personne en droit des droits de l'homme. Ils divergent aussi, à l'origine, en ce qui concerne le droit individuel à réparation. Alors que le droit humanitaire ne prévoit pas de telles démarches individuelles à l'échelon international, les principaux traités des droits de l'homme instituent tous une forme de mécanisme de plainte, qui a donné naissance à une jurisprudence relative au droit de recours, au droit d'exiger une enquête et au droit à réparation. Cette jurisprudence commence à influencer l'interprétation du droit humanitaire, et ce phénomène pourrait se poursuivre à l'avenir.

Les enquêtes

Le droit humanitaire contient un certain nombre de règles concernant les enquêtes, avant tout en cas de crime de guerre¹⁹⁹ mais aussi, par exemple, en cas de décès de prisonniers de guerre²⁰⁰ ou de personnes civiles internées²⁰¹. Les obligations en matière d'enquête ont aussi été élaborées dans le droit des traités, dans des textes de droit non contraignant, ainsi que dans la jurisprudence des instances des droits de l'homme, et elles sont maintenant nettement plus détaillées que dans le droit international humanitaire²⁰². En droit des droits de l'homme, les allégations de violations graves des droits humains, en particulier les allégations de mauvais traitements ou de meurtres illégaux, doivent faire l'objet d'une enquête rapide, impartiale, approfondie et indépendante. Les personnes chargées de ces enquêtes doivent n'avoir aucune relation avec

199 Ce qui ressort implicitement de l'obligation de rechercher et de traduire en justice les personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions graves; voir les art. 49/50/129/146, respectivement, des quatre Conventions de Genève, ainsi que l'art. 85 du Protocole additionnel I.

200 III^e Convention de Genève, art. 121.

201 IV^e Convention de Genève, art. 131.

202 Voir les Principes relatifs à la prévention efficace des exécutions extrajudiciaires, arbitraires et sommaires et aux moyens d'enquêter efficacement sur ces exécutions, recommandés par le Conseil économique et social dans sa résolution 1989/65 du 24 mai 1989, ainsi que les Principes relatifs aux moyens d'enquêter efficacement sur la torture et autre peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants pour établir la réalité des faits, adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution A/RES/55/89 du 22 février 2001; la jurisprudence est particulièrement riche en la matière; voir notamment: Comité des droits de l'homme, Observations finales – *Serbie-et-Monténégro*, doc. Nations Unies CCPR/CO/81/SEMO, 12 août 2004, par. 9; *Brésil*, doc. Nations Unies CCPR/C/79/Add.66, 24 juillet 1996, par. 20; *Colombie*, doc. Nations Unies CCPR/C/79/Add. 76, 5 mai 1997, par. 32 et 34; Comité contre la torture, Conclusions et recommandations – *Colombie*, doc. Nations Unies CAT/C/CR/31/1, 4 février 2004, par. 10 f); Cour interaméricaine des droits de l'homme, affaire *Myrna Mack-Chang c. Guatemala*, arrêt du 25 novembre 2003, Série C N° 101; affaire *Caracazo c. Venezuela* (réparation), arrêt du 29 août 2002, Série C N° 95, *Juan Humberto Sánchez c. Honduras*, arrêt du 7 juin 2003, Série C N° 99, par. 186; Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Amnesty International et autres c. Soudan*, 26^e et 27^e sessions ordinaires, mai 2000, Recueil africain des décisions des droits humains 323 (2000) (CADHP 1999), par. 51; CEDH, affaire *Issaïeva, Youssouпова et Bazaïeva c. Russie*, *op. cit.* (note 43), par. 208-213 (résumé de la jurisprudence constante de la Cour).

les personnes impliquées dans les faits. L'enquête doit permettre d'établir non seulement les faits, mais aussi le statut légal des actes commis et l'identité des responsables. Les autorités doivent avoir pris les mesures raisonnables à leur disposition pour réunir des preuves au sujet des faits, y compris, entre autres, des récits de témoins oculaires, des éléments de preuve médico-légaux et, le cas échéant, un rapport d'autopsie dressant un inventaire complet et précis des blessures infligées ainsi qu'une analyse objective des constatations cliniques. Afin que l'enquête suscite la confiance de l'opinion, il convient d'assurer un élément suffisant de contrôle public. Le degré de contrôle pourra varier d'un cas à l'autre, mais la famille de la victime doit en tout état de cause être associée à la procédure dans la mesure indispensable pour protéger ses intérêts légitimes, de même qu'elle doit être protégée contre toute forme d'intimidation. Les résultats de l'enquête doivent être rendus publics. La Cour européenne a même été jusqu'à établir une présomption de responsabilité de l'État lorsque des personnes sont tuées dans une zone placée sous le contrôle des seules autorités de l'État²⁰³, puisque les événements en cause sont en pareil cas connus exclusivement des autorités²⁰⁴.

Les organes des droits de l'homme n'ont pas hésité à appliquer ces exigences à des enquêtes réalisées dans des situations de conflit armé²⁰⁵. Récemment, le Rapporteur spécial des Nations Unies sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, a regretté que les enquêtes soient moins fréquentes, et les sanctions souvent moins sévères, dans des situations de conflit armé qu'en temps de paix²⁰⁶.

Dans ce domaine, les droits de l'homme peuvent compléter le droit humanitaire, tout particulièrement en ce qui concerne le recours à la force ou les allégations de mauvais traitements. Il est important, en effet, de distinguer entre les dispositions de droit matériel qui justifient l'emploi de la force – et qui ne sont pas les mêmes en droit des droits de l'homme et en droit humanitaire – et les enquêtes, qui exigent en premier lieu l'établissement des faits. Pour ce qui est des enquêtes, il n'existe aucune contradiction entre les droits de l'homme et le droit humanitaire. Ce dernier ne stipule aucun devoir d'enquêter de manière aussi détaillée, mais rien ne permet d'interpréter ceci comme l'expression d'une réserve qui exclurait l'application de cette obligation au regard du droit des droits de l'homme.

De toute évidence, il ne serait guère réaliste d'exiger une enquête après chaque emploi de la force dans une opération de combat²⁰⁷. Ceci dit, il y a un

203 CEDH, affaire *Akkum et autres c. Turquie*, requête N°. 21894/93, arrêt du 24 mars 2005, par. 208 à 211.

204 *Ibid.*, par. 211.

205 CEDH, affaire *Issaïeva, Youssouпова et Bazaïeva c. Russie*, *op. cit.* (note 43), par. 208 à 213; Cour interaméricaine des droits de l'homme, affaire *Myrna Mack-Chang c. Guatemala*, *op. cit.* (note 202); Comité des droits de l'homme, Observations finales – *Colombie*, *op. cit.* (note 202), par. 32.

206 Rapport provisoire sur la situation mondiale des exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, soumis par le Rapporteur spécial, Philip Alston, doc. Nations Unies E/CN.4/2006/53, 8 mars 2006, par. 33 à 38.

207 Melzer, *op. cit.* (note 103), pp. 526 et s.

juste milieu entre exiger une enquête sur chaque coup de feu dans un conflit armé et n'examiner aucune allégation de violation du droit à la vie. Il faut bien admettre que bien souvent, les faits ne parlent pas d'eux-mêmes, surtout dans des situations de lutte contre des mouvements insurrectionnels. En l'absence de toute enquête, il est trop facile pour les membres des forces de sécurité d'affirmer qu'ils étaient persuadés que le recours à une force meurtrière était nécessaire parce qu'une attaque contre eux était imminente²⁰⁸ ou de prétendre que les rebelles ont été tués au cours d'un échange de coups de feu²⁰⁹. Bien souvent, en pareilles circonstances, seule une enquête indépendante – au cours de laquelle sont entendus non seulement les membres des forces de sécurité, mais aussi les témoins défendant le point de vue des victimes ou de leur famille – peut permettre de parvenir à un résultat.

Certains éléments de la jurisprudence sont indubitablement nouveaux pour des situations de conflit armé, et l'ensemble des exigences d'une enquête en temps de paix ne peuvent être transposées telles quelles à des situations de conflit armé. En outre, les enquêtes ne peuvent être réalisées que si la situation de sécurité le permet, et elles doivent tenir compte de la réalité du conflit²¹⁰, comme les problèmes que présentent la collecte d'éléments de preuve dans certaines situations de combat, le manque d'accès pour le personnel chargé de l'enquête, ou la nécessité d'assurer la sécurité des témoins. On ne peut cependant affirmer que les enquêtes seraient impossibles a priori en période de conflit armé²¹¹. Dans des circonstances qui suscitent des préoccupations quant à la légalité des actes commis, spécialement en cas d'opérations meurtrières ciblées, une enquête devrait être réalisée au minimum lorsqu'il existe un doute raisonnable quant à la licéité du meurtre²¹². Il sera nécessaire de développer davantage les procédures d'enquête dans des situations de conflit armé, mais il est évident qu'elles doivent être conformes aux exigences d'indépendance et d'impartialité. À cet égard, il a été constaté que les enquêtes militaires soulevaient des problèmes particuliers en termes d'indépendance²¹³. Les enquêtes militaires devraient faire l'objet d'une analyse particulière afin d'évaluer leur indépendance et leur impartialité, ainsi que la place qu'elles font aux victimes et à leur famille.

208 Comme dans les affaires *Gül c. Turquie*, *op. cit.* (note 152), par. 81 et 89, et *Oğur c. Turquie*, *op. cit.* (note 157), par. 80.

209 Comme dans l'affaire portée devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Escué-Zapata c. Colombie*. *Fonds, réparations et frais*, arrêt du 4 juillet 2007, Série C N° 165, par. 39.

210 *Watkin*, *op. cit.* (note 129), p. 34.

211 *Gaggioli et Kolb*, *op. cit.* (note 119), p. 126.

212 *Kretzmer*, *op. cit.* (note 103), pp. 201, 204.

213 Rapport du rapporteur spécial, *op. cit.* (note 206), par. 37; sur un plan plus général, voir: Federico Andreu, *Fuero military y derecho internacional*, Commission internationale de Juristes, 2003, pp. 112 à 126; Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Third Report on the Human Rights Situation in Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.102, doc. 9 rev. 1, 26 février 1999, ch. V, par. 17 à 60; Rapport présenté par le Rapporteur spécial de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, Emmanuel Decaux, sur la question de l'administration de la justice par les tribunaux militaires, doc. Nations Unies E/CN.4/2006/58, 13 janvier 2006, par. 32 à 35.

L'examen par les tribunaux

Alors que le droit humanitaire est axé sur les « parties à un conflit », les droits de l'homme sont entièrement articulés autour de la personne et formulés comme des droits de l'individu²¹⁴. Cela ne signifie pas que le droit humanitaire ne confère pas des droits ; bien au contraire, les Conventions de Genève ont été délibérément formulées de manière à consacrer des droits personnels et intangibles²¹⁵. Au niveau international, cependant, le droit des droits de l'homme – tout au moins en ce qui concerne les droits civils et politiques²¹⁶ – reconnaît un droit de recours, c'est-à-dire le droit pour une personne qui estime avoir subi une violation de déposer une plainte à titre individuel²¹⁷. Le droit humanitaire ne prévoit pas de droit de ce genre²¹⁸. La majeure partie de la jurisprudence concernant les relations entre le droit des droits de l'homme et le droit humanitaire se compose de décisions prises sur la base du droit des droits de l'homme, parce que les victimes ne pouvaient saisir que des instances des droits de l'homme. C'est sans doute la raison pour laquelle l'une des conséquences les plus spectaculaires de l'application du droit relatif aux droits de l'homme à des situations de conflit armé est le fait qu'elle conduit à un contrôle par des instances judiciaires. Jamais, jusqu'ici, des situations de conflit armé international ou d'opérations militaires en territoire étranger n'avaient été examinées de manière aussi détaillée que dans les affaires concernant le Kosovo, l'Irak ou l'Afghanistan. D'aucuns affirment qu'un tel examen judiciaire est hors de propos pour des opérations militaires²¹⁹, mais qu'en est-il en réalité ?

La nécessité de disposer non seulement d'une cour pénale internationale, mais aussi d'un meilleur mécanisme de supervision pour le droit humanitaire, voire d'un « organe ou tribunal compétent qui pourrait connaître de plaintes contre des gouvernements qui violent les dispositions des Conventions [de La Haye et de Genève] »²²⁰ a été évoquée depuis des décennies²²¹. Les États n'ont

214 Ben Naftali et Shany, *op. cit.* (note 103), pp. 17, 31.

215 Jean Pictet (éd.), *Commentaire à la Convention de Genève I*, CICR, Genève, 1952, pp. 88-89 ; voir, en particulier, la discussion sur l'article commun 6/6/6/7 aux quatre Conventions de Genève ; Yoram Dinstein, « The International Law of Inter-State Wars and Human Rights », *Israel Yearbook of Human Rights*, vol. 1 (1971), pp. 139, 147.

216 Voir aussi, désormais, le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, récemment adopté ; doc. Nations Unies A/HRC/8/L.2, 9 juin 2008.

217 Voir l'art. 2, par. 3 du PIDCP, l'art. 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'art. 25 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, l'art. 7, par. 1 a) de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, et les Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, adoptés par l'Assemblée générale dans sa résolution 60/147 du 16 décembre 2005, doc. Nations Unies A/RES/60/147, 21 mars 2006.

218 Liesbeth Zegveld, « Remedies for Victims of Violations of International Humanitarian Law », *International Review of the Red Cross*, vol. 84, N° 851 (septembre 2003), pp. 497-528.

219 Telle était notamment l'argumentation des services du Procureur général de l'État d'Israël dans l'affaire des opérations meurtrières ciblées, *op. cit.* (note 144), par. 47.

220 Sean MacBride, « Human Rights in Armed Conflict, The Inter-Relationship between the Humanitarian Laws and the Law of Human Rights », *Revue de Droit pénal militaire et de droit de la guerre*, tome IX (1970), pp. 373, 388 [traduction CICR].

221 Voir A.H. Robertson, « Humanitarian Law and Human Rights », dans Christophe Swinarski (éd.), *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge/Studies*

jamais accepté la création d'une telle instance ou cour internationale. Y aurait-il donc une raison pour restreindre l'accès aux tribunaux, tout au moins à l'échelon national? Le droit humanitaire échapperait-il à la juridiction des tribunaux en raison de la nature exceptionnelle de l'action militaire? La pratique démontre la faiblesse de cet argument, étant donné la longue tradition d'interprétation du droit humanitaire dans les tribunaux.

De fait, des tribunaux internationaux – comme la Cour internationale de justice – ainsi que des juridictions internationales et des tribunaux pénaux hybrides ont déjà interprété le droit international humanitaire, au même titre que des tribunaux nationaux, que ce soit en Israël, en Colombie ou ailleurs, et dans bien des cas alors que la plainte et le statut de la victime étaient fondés sur les droits de l'homme ou sur des droits fondamentaux définis par la législation nationale. La Cour suprême d'Israël a souvent été appelée à se prononcer sur la question de la recevabilité, et elle a déclaré à cet égard :

La Cour ne s'abstient pas de connaître d'une affaire simplement parce que le commandant militaire agit hors d'Israël ou parce que ses actes ont des conséquences politiques et militaires. Lorsque les décisions ou les actes du commandant militaire enfreignent les droits de l'homme, elles peuvent faire l'objet d'une décision de justice. La porte de la Cour est ouverte. L'argument selon lequel une infraction aux droits de l'homme est due à des impératifs de sécurité n'exclut pas l'examen judiciaire. Les « impératifs de sécurité » ou la « nécessité militaire » ne sont pas des formules magiques [...] ²²².

Ainsi, il n'y a aucune raison pour que des actes commis dans un conflit armé ne puissent faire l'objet d'une décision de justice, mais en l'absence d'autres options, la plupart des affaires ont été portées devant des tribunaux pénaux ou des instances des droits de l'homme.

Bien entendu, les tribunaux doivent tenir compte de la nature spécifique de la guerre. Ils ont, dans la pratique, évoqué la faculté d'appréciation du commandant militaire ou du soldat dans le courant d'une opération. Les affaires jugées par le Tribunal militaire international à Nuremberg sont un exemple d'examen judiciaire qui reconnaît la marge d'appréciation pratique du commandant militaire, en tenant compte de sa position et de son point de vue :

And Essays On International Humanitarian Law And Red Cross Principles, en l'honneur de/In Honour of Jean Pictet, CICR/Martinus Nijhoff, Genève/La Haye, 1984, pp. 793, 799; Sandoz, Swinarski et Zimmermann, *op. cit.* (note 23), par. 3600 à 3602; Rapport du Secrétaire général sur « Le respect des droits de l'homme en période de conflit armé », *op. cit.* (note 17), par. 230; Hampson, *op. cit.* (note 184), p. 71; Dietrich Schindler, « Human Rights and Humanitarian Law: Interrelationship of the Laws », *American University Law Review*, vol. 31 (1982), p. 941. Lors de la Conférence de Genève de 1949, la France avait proposé quelque chose de similaire, sinon exactement sous cette forme, à savoir la création d'un « Haut Comité international » chargé de « contrôler l'application et faire assurer le respect » des Conventions. *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949*, Tome III – Annexes, annexe 21, p. 30, et Tome II, Section B, p. 59.

222 *Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, HCJ 7957/04, la Cour suprême siégeant en sa capacité de Haute Cour de Justice, 15 septembre 2005, par. 31 [traduction CICR]; voir aussi *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel and the Commander of the IDF Forces in the West Bank*, HCJ 2056/04, la Cour suprême siégeant en sa capacité de Haute Cour de Justice, 30 juin 2004, par. 46 et s.

Nous ne sommes pas appelés à établir s'il existait réellement une nécessité militaire urgente pour les actes de dévastation et de destruction perpétrés dans le Finmark. Nous souhaitons déterminer si l'accusé, au moment des faits, a agi dans les limites d'un jugement honnête, sur la base des circonstances du moment [...]. Notre opinion mûrement réfléchie est que les circonstances, telles qu'elles apparaissaient à l'accusé au moment des faits, étaient suffisantes pour qu'il puisse conclure, en toute honnêteté, qu'une nécessité militaire urgente justifiait la décision qui a été prise. Il se peut, ceci étant, que l'accusé ait commis une erreur de jugement, mais il ne s'est pas rendu coupable d'un acte criminel²²³.

D'aucuns affirment parfois que les instances et cours des droits de l'homme n'ont pas la compétence requise pour traiter de situations de conflit armé²²⁴. Il paraît pourtant difficile, du point de vue des victimes de violations, de prétendre qu'en l'absence de toute possibilité de recours internationale indépendante spécifiquement prévue pour le droit international humanitaire, le recours aux tribunaux régionaux des droits de l'homme et aux autres instances de défense des droits de l'homme ne serait pas une démarche valide. C'est plutôt « le fait qu'une personne dispose d'une voie de recours en vertu du droit des droits de l'homme qui confère une force supplémentaire aux règles du droit international humanitaire correspondant à la norme des droits de l'homme dont la violation est alléguée »²²⁵. Un tel contrôle indépendant peut offrir une meilleure protection aux victimes, ou renforcer la protection grâce à d'autres mécanismes et institutions²²⁶.

Une autre objection parfois avancée est que les personnes protégées par le droit humanitaire ne sont généralement pas en mesure d'utiliser des voies de recours juridique, et qu'il vaut donc mieux compter sur un organisme impartial agissant de sa propre initiative que sur des mécanismes judiciaires²²⁷. Il est vrai que dans bien des cas, les personnes n'ont pas accès à une protection judiciaire. Cependant, la pléthore d'affaires existantes suffit à prouver la faiblesse de cet argument. Il réduit le choix à une alternative entre un mécanisme de protection judiciaire ou une protection juridique, alors qu'il existe d'autres possibilités. Il y a bien des manières d'offrir une protection aux personnes

223 Tribunal militaire des États-Unis à Nuremberg, affaire *Les États-Unis c. Wilhelm List (procès des otages)*, United Nations War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals, vol. VIII, 1949, case N° 47, p. 69, disponible en ligne à l'adresse <http://www.ess.uwe.ac.uk/WCC/List4.htm> (date d'accès : 4 août 2008) [traduction CICR].

224 Sous-Commission des Nations Unies pour la promotion et la protection des droits de l'homme, document de travail présenté par Françoise Hampson et Ibrahim Salama sur les relations entre droits de l'homme et droit international humanitaire, doc. Nations Unies E/CN.4/Sub.2/2005/14, 21 juin 2005, par. 9 à 37.

225 Bothe, *op. cit.* (note 4), p. 45 [traduction CICR] ; voir aussi Meron, *op. cit.* (note 9), p. 247, selon lequel « c'est leur idéalisme et leur naïveté qui constituent leur plus grand atout » [traduction CICR] ; Reidy, *op. cit.* (note 44), p. 529.

226 William Abresch, « A Human Rights Law of Internal Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya », *European Journal of International Law*, vol. 16 (2005), p. 741 ; voir aussi Bothe, *op. cit.* (note 4), p. 90.

227 Schindler, *op. cit.* (note 221), p. 941.

dans un conflit armé, que ce soit par les activités d'organisations humanitaires telles que le CICR, des mécanismes politiques comme certaines instances des Nations Unies, des procédures légales, des pressions exercées par des groupes de défense d'intérêts, ou des décisions rendues par des organismes pénaux internationaux²²⁸. L'examen par des tribunaux, y compris par des tribunaux des droits de l'homme ou par des tribunaux nationaux reconnaissant le statut de victimes de violations des droits de l'homme fondamentaux, peut être une méthode puissante de protection.

Le droit relatif aux droits de l'homme n'offre pas nécessairement une protection plus forte en ce qui concerne les droits matériels²²⁹. Limitons-nous à citer deux graves limites du droit des droits de l'homme : sa dépendance à l'égard de la compétence juridique ou du contrôle effectif de l'État, et le fait qu'il n'est pas contraignant pour les États qui ne sont pas parties aux traités²³⁰.

D'autre part, si les organes des droits de l'homme négligeaient entièrement le droit humanitaire, surtout dans une situation où celui-ci représente la *lex specialis*, ou faussaient le sens des droits de l'homme en utilisant implicitement des termes de droit humanitaire sans s'y référer ouvertement, cela pourrait conduire à un affaiblissement des deux régimes juridiques, et empêcher « une construction cohérente des règles de protection en temps de conflit armé, tout en favorisant la fragmentation »²³¹. Il serait préférable, pour la protection des victimes des conflits armés à long terme, d'indiquer clairement quelles sont les normes qui s'appliquent à une situation précise. Bien que la plupart des instances internationales des droits de l'homme n'aient pas appliqué directement le droit international humanitaire, puisque leur mandat n'englobait que les traités des droits de l'homme applicables par chacune d'entre elles²³², la Cour interaméricaine a appliqué le droit humanitaire en interprétant la Convention américaine relative aux droits de l'homme à la lumière des Conventions de Genève, en raison du chevauchement de leur contenu²³³. La Commission interaméricaine

228 On trouvera une évaluation intéressante de ces divers mécanismes dans : Lindsay Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 232 à 277.

229 Aeyal M. Gross, « Human Proportions: Are Human Rights the Emperor's New Clothes of the International Law of Occupation? », *European Journal of International Law*, vol. 18 (2007), p. 35. En ce qui concerne l'aspect plus protecteur de certaines dispositions du droit humanitaire, voir Cordula Droegge, « The Interplay between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflict », *Israel Law Review*, vol. 40 (2007), p. 350.

230 Même si l'on considère que les groupes armés non gouvernementaux sont liés par les droits de l'homme, seuls des États peuvent être poursuivis devant des instances et tribunaux internationaux.

231 Gaggioli et Kolb, *op. cit.* (note 119), p. 126 [traduction CICR].

232 La CEDH a eu à se pencher, dans deux affaires récentes, sur des questions très complexes de droit pénal international et de droit international humanitaire, mais elle semble avoir cherché à éviter de s'aventurer trop avant sur le territoire du DIH. Voir l'affaire *Korbely c. Hongrie*, requête n° 9174/02, arrêt du 19 septembre 2008, et l'affaire *Kononov c. Lettonie*, requête n° 36376/04, arrêt du 24 juillet 2008, par. 122.

233 Affaire *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, *op. cit.* (note 45), par. 207 à 209. Le Comité des droits de l'homme a déclaré qu'il pouvait, pour déterminer si le Pacte autorise un État partie à déroger à telle ou telle de ses dispositions, tenir compte des autres obligations internationales d'un État. Comité des droits de l'homme, Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Observation générale N° 29, États d'urgence (art. 4), doc. Nations Unies CCRP/C/21/Rev.1/Add.11, 31 août 2001, par. 10.

est l'unique instance qui s'est expressément déclarée compétente pour appliquer le droit humanitaire²³⁴.

Pour résumer notre propos, il n'y a pas de contradiction entre le droit des droits de l'homme et le droit humanitaire en ce qui concerne les voies de recours juridiques. Le droit humanitaire est muet sur la question d'un droit de recours individuel, mais il ne l'exclut pas lorsque ce droit est prévu au titre d'autres textes juridiques internationaux ou nationaux. Le droit relatif aux droits de l'homme a renforcé la possibilité, pour les victimes présumées de violations des droits de l'homme et du droit humanitaire, de saisir des tribunaux et d'autres instances des droits de l'homme. Il n'y a là aucun conflit avec le droit humanitaire, mais bien une possibilité d'assurer un meilleur respect de ce droit, même si c'est à travers le prisme des droits de l'homme.

Les réparations

Alors que les violations des droits de l'homme entraînent un droit individuel à réparation²³⁵, les normes équivalentes sur la réparation en droit international des conflits armés ne reconnaissent ce droit, ou tout au moins le droit de demander réparation, qu'aux États²³⁶. Le droit humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux ne contient aucune disposition relative à la réparation.

Cependant, le droit international humanitaire ne contient aucune disposition qui exclue le droit à réparation²³⁷. Nombreuses, parmi les violations graves du droit humanitaire, sont celles qui constituent aussi des violations graves du droit des droits de l'homme. Ainsi, pour un seul et même acte – un acte de torture, par exemple –, une personne peut avoir un droit à pleine réparation du fait qu'il constitue une violation des droits de l'homme, alors même que le droit humanitaire ne prévoit rien. On constate une tendance croissante à reconnaître le devoir des États d'accorder une pleine réparation aussi pour les violations du droit humanitaire. Les Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, adoptés par l'Assemblée générale en 2005²³⁸,

234 Commission interaméricaine des droits de l'homme, « Case 11.137, Juan Carlos Abella, Argentina », dans *Annual Report of 1997*, doc. OEA/Ser.L/V/II.98, doc. 6 rev., 13 avril 1998, par. 157 à 171.

235 Voir les Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire. Selon les traités, ce droit est formulé dans des normes qui diffèrent par leur rédaction, mais dont le contenu est fondamentalement identique. Voir, par exemple, le par. 3 de l'art. 2 du PIDCP, l'art. 41 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'art. 41 de la Convention contre la torture et l'art. 63 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme.

236 Art. 3 du Règlement de La Haye de 1907 ; art. 91 du Protocole additionnel I ; voir Emanuela-Chiara Gillard, « Reparation for Violations of International Humanitarian Law », *International Review of the Red Cross*, vol. 85 N° 851 (septembre 2003), pp. 529 à 554.

237 Hampson et Salama, *op. cit.* (note 224), par. 20, 49.

238 Résolution 60/147 du 16 décembre 2005, doc. Nations Unies A/RES/60/147 du 21 mars 2006.

sont un pas dans cette direction. De la même manière, la Cour internationale de justice a considéré, dans son avis consultatif dans l'affaire du *Mur*, qu'Israël avait l'obligation de réparer tous les dommages causés à toutes les personnes physiques ou morales touchées par la construction du mur²³⁹. Il existe aussi une certaine pratique des mécanismes de réparation, comme la Commission des Nations Unies de règlement des demandes ou la Commission des Nations Unies des demandes d'indemnisation [Éthiopie/Érythrée], qui permettent aux personnes de déposer des demandes directement, de participer, à des degrés divers, à la procédure d'examen des demandes et de recevoir directement une indemnisation²⁴⁰. Il existe en outre une pratique très riche en droit national concernant les réparations après un conflit armé²⁴¹. L'article 75 du Statut de Rome marque une étape importante, en reconnaissant le droit des victimes de crimes internationaux à réparation (en laissant cependant une marge d'appréciation à la Cour).

Sans approfondir l'examen de ce sujet complexe, l'argument principal contre le droit individuel à réparation est qu'en temps de conflit armé, les violations peuvent être à tel point massives et répandues, et les dommages si gigantesques, qu'ils dépassent la capacité des États, en termes financiers aussi bien qu'en termes logistiques, d'assurer une réparation suffisante à toutes les victimes²⁴². Du point de vue juridique, cet argument est fallacieux, car il entraînerait pour conséquence que plus une violation est répandue et massive, et moins les victimes auraient droit à réparation. Cependant, admettre une demande individuelle de réparation pour les victimes de violations massives du droit humanitaire pose des problèmes d'application bien réels, et risque de susciter des attentes illusoire chez les victimes. Il sera intéressant, à cet égard, d'observer la jurisprudence de la Cour pénale internationale, qui peut s'appuyer sur une clause explicite en matière de réparation dans le statut de Rome (l'article 75), et qui élabore actuellement une politique concernant les droits des victimes. La Cour devra probablement opter pour des mesures de type dédommagement forfaitaire ou réparation à l'échelle d'une communauté entière, afin de toucher le plus grand nombre possible de victimes. Quoi qu'il en soit, il apparaît clairement que s'il n'est plus possible, à la lumière de l'évolution du droit et de la pratique, de s'en tenir à la simple affirmation qu'il n'existe

239 Affaire du *Mur*, *op. cit.* (note 47), par. 152. On peut se demander si cette conclusion de la Cour s'explique par l'absence d'un autre État auquel Israël aurait pu verser des dédommagements. Voir Pierre d'Argent, « Compliance, Cessation, Reparation and Restitution in the *Wall* Advisory Opinion », dans : Pierre-Marie Dupuy et al. (éd.), *Völkerrecht Als Weltordnung—Common Values In International Law, Festschrift für Christian Tomuschat*, 2006, pp. 463, 475.

240 Voir Gillard, *op. cit.* (note 236), p. 540.

241 Voir, au sujet de l'Allemagne, Roland Bank, « The New Programs for Payments to Victims of National Socialist Injustice », *German Yearbook of International Law*, vol. 44 (2001), pp.307 à 352; la description la plus complète des programmes nationaux de réparation figure dans : Pablo de Greiff (éd.), *The Handbook on Reparations*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

242 Voir à ce sujet Elke Schwager et Roland Bank, « An Individual Right to Compensation for Victims of Armed Conflicts? », document présenté au Comité sur l'indemnisation des victimes de guerre de l'Association de droit international, pp. 45 à 48; Pierre d'Argent, « Wrongs of the Past, History of the Future? », *European Journal of International Law*, vol. 17, Issue 1 (2006), pp. 279, 286.

pas de droit individuel à réparation pour les violations du droit international humanitaire, de nombreuses incertitudes demeurent quant à la manière dont il pourrait être possible d’accorder de manière appropriée des réparations à grande échelle à la suite d’un conflit armé.

Conclusion

Résumons notre propos : le droit international humanitaire n’étant pas, par nature, articulé autour de droits individuels, il est difficile d’imaginer comment il pourrait incorporer tous les droits relatifs à la procédure définis dans le droit relatif aux droits de l’homme. Cependant, une prise de conscience de l’application des droits de l’homme dans les conflits armés, et des appels de plus en plus insistants à la transparence et à la responsabilité dans les opérations militaires, pourraient favoriser une meilleure protection de certains droits en vertu du droit international humanitaire.

Seul le temps dira si ces deux systèmes juridiques, qui n’étaient pas conçus à l’origine pour s’appliquer en contact si étroit, évolueront harmonieusement dans le contexte plus vaste du droit international. Une chose, cependant, est hors de doute : il est exclu d’imaginer un retour en arrière à une séparation totale de ces deux domaines. Une démarche cohérente en matière d’interprétation des droits de l’homme et du droit humanitaire – respectueuse de leurs caractéristiques respectives – ne peut que contribuer à une protection plus efficace des personnes dans les conflits armés.

Les transferts de détenus : le cadre juridique, le non-refoulement et les enjeux actuels

Cordula Droeger*

Dr Cordula Droeger est conseillère juridique au sein de la division juridique du Comité international de la Croix-Rouge.

Résumé

Cet article dépeint le cadre juridique qui régit le transfert des personnes, et en particulier le principe de non-refoulement, qui est une norme de droit international, ainsi que les autres obstacles aux transferts de personnes. L'auteur évoque certaines des difficultés nouvelles, d'ordre juridique ou pratique, qui se posent en matière de détention et de transferts dans le cadre des opérations multinationales, et analyse la pratique moderne des accords de transfert.

⋮⋮⋮⋮⋮

Le transfert et le rapatriement des personnes pendant ou après les conflits armés est une question qui préoccupe depuis longtemps le Comité international de la Croix-Rouge (CICR). Pendant les conflits armés, il arrive que des détenus soient transférés d'une partie belligérante à l'autre, ou renvoyés dans leur pays d'origine. Après les conflits, le retour en toute sécurité des prisonniers de guerre rapatriés ou des détenus de sécurité libérés ne va pas sans difficultés.

* Cet article reflète les opinions de l'auteur et non pas nécessairement celles du CICR.

La version originale anglaise de cet article a été publiée sous le titre « Transfers of detainees: legal framework, non-refoulement and contemporary challenges », *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N° 871, septembre 2008, pp. 669-701.

Les transferts de détenus ont fait beaucoup parler d'eux depuis quelques années. Nul n'ignore désormais que dans le cadre de mesures de lutte contre le terrorisme, des personnes ont été transférées en secret entre divers lieux de détention, et ont parfois subi de mauvais traitements, pendant ou après ces transferts.

Dans les conflits en cours, comme ceux qui se déroulent en Afghanistan, en Irak, en République démocratique du Congo, au Soudan ou au Tchad, la présence de forces multinationales soulève un certain nombre de questions. Qui a l'autorité et la capacité de détenir des personnes capturées en relation avec le conflit : le pays hôte, ou les membres de la coalition ou des forces de maintien de la paix présentes sur son territoire ? Quel est le cadre juridique qui s'applique au transfert des détenus entre les membres de coalition ou entre les pays qui fournissent des contingents à une mission de maintien de la paix, ou aux transferts de personnes par les troupes internationales vers le pays hôte ? L'un des principaux enjeux juridiques, dans ce contexte, est la mesure dans laquelle le principe de non-refoulement s'applique aux transferts de détenus dans les conflits armés, et en particulier pendant les opérations multinationales.

Toute analyse de cette question doit prendre pour point de départ le cadre formé par le droit international régissant le transfert de personnes, et plus particulièrement le principe juridique international de non-refoulement et les autres règles de droit. Cet article commence donc par rappeler les normes internationales pertinentes en matière de transferts. Il aborde dans un deuxième temps quelques-uns des problèmes nouveaux posés par la détention et les transferts dans le cadre des opérations multinationales. En troisième lieu, il étudie la pratique actuelle des accords de transfert. Enfin, il rappelle quelques principes juridiques touchant les responsabilités des États auteurs du transfert une fois celui-ci effectué.

Le point de départ juridique : le principe de non-refoulement

Le principe de non-refoulement interdit de transférer des personnes d'un pays à un autre si elles risquent de ce fait de subir des violations de certains droits fondamentaux. On le retrouve – avec quelques variantes quant aux personnes couvertes et quant aux risques contre lesquels il les protège – dans le droit relatif aux réfugiés, dans les traités d'extradition, dans le droit international humanitaire et dans le droit international relatif aux droits de l'homme. Rappelons brièvement ses principales caractéristiques dans les diverses branches de droit¹.

1 L'analyse la plus complète du principe de non-refoulement figure dans les articles d'E. Gillard, « There's no place like home: States' obligations in relation to transfers of persons », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 90 N° 871, septembre 2008, et de Sir Elihu Lauterpacht et Daniel Bethlehem, « Avis sur la portée et le contenu du principe du non-refoulement », dans Erika Feller, Volker Türk et Frances Nicolson (éd.), *La Protection des réfugiés en droit international, Consultations mondiales du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés sur la protection internationale*, Larcier, Bruxelles, 2008.

Les sources juridiques du principe de non-refoulement

Le droit relatif aux réfugiés

Le terme « non-refoulement » est souvent associé au droit relatif aux réfugiés, puisqu'il figure explicitement dans l'article 33 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés². Cet article interdit le refoulement – c'est-à-dire le retour forcé ou l'expulsion – d'un réfugié « de quelque manière que ce soit (...) sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques ». En vertu du droit relatif aux réfugiés, le principe de non-refoulement s'applique aux réfugiés (qu'ils aient ou non été formellement reconnus en tant que tels) ainsi qu'aux demandeurs d'asile. Il convient de rappeler que parmi les personnes capturées dans un conflit armé ou dans d'autres situations de violence, certaines peuvent tomber dans ces catégories et ont droit à la protection accordée par le droit des réfugiés. Le libellé du paragraphe 1 de l'article 33 de la Convention de 1951 sur les réfugiés (« de quelque manière que ce soit ») indique clairement que la règle de non-refoulement s'applique à toute forme de déplacement forcé, y compris l'extradition, la déportation ou l'expulsion³.

On trouve en outre, dans un certain nombre de traités d'extradition (multilatéraux ou bilatéraux) ainsi que dans des traités visant à combattre la criminalité (terroriste ou autre), des motifs de refus des transferts, comme l'interdiction des transferts en cas de délit politique, des clauses interdisant les poursuites ou la discrimination, le refus de l'extradition pour des raisons liées aux notions de justice ou d'équité propres à l'État sollicité, ou le refus de l'extradition fondé sur le droit international ou régional relatif aux droits de l'homme ou aux réfugiés⁴.

2 Le principe de non-refoulement est aussi inscrit, sans aucune limitation pour motifs de sécurité, au paragraphe 3 de l'article 2 de la Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique, et réaffirmé en tant que règle de *jus cogens* dans la Déclaration de Carthage sur les réfugiés (para. 5). Le principe figure aussi au paragraphe 3 de l'article 3 des Principes de Bangkok applicables au traitement des réfugiés, adoptés par le Comité consultatif juridique afro-asiatique en 1966, avec une limitation pour motifs de sécurité.

3 On trouvera une analyse approfondie du principe du non-refoulement tel que formulé dans la Convention de 1951 dans : Guy S. Goodwin-Gill et Jane McAdam, *The Refugee in International Law*, 3e éd., Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 201 et suiv.

4 Article 3 du Traité type d'extradition des Nations Unies (1990); article 3 de la Convention européenne d'extradition de 1957; article 4 de la Convention interaméricaine d'extradition de 1981; article 9 de la Convention des Nations Unies contre la prise d'otages de 1979; article 5 de la Convention européenne pour la répression du terrorisme de 1977; Directive 2003/110/CE du Conseil de l'Union européenne du 25 novembre 2003 concernant l'assistance au transit dans le cadre de mesures d'éloignement par voie aérienne, *Journal officiel de l'Union européenne* N° L 321, 6 décembre 2003, p. 26; Décision-cadre du Conseil de l'Union européenne relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres de l'Union européenne, 2002/584/JHA, *Journal officiel de l'Union européenne* N° L 190, 18 juillet 2002, pp. 1-20, para. 13 du préambule; HCR, Comité exécutif, Conclusion N° 17 (XXXI), « Problèmes d'extradition concernant les réfugiés » (1980), para. d) et e).

Le droit international relatif aux droits de l'homme

Le principe de non-refoulement est aussi un principe de droit international relatif aux droits de l'homme, au regard duquel les droits humains peuvent faire obstacle à tout transfert vers un autre État, quelle que soit sa forme. Certains traités recourent à des termes spécifiques tels que « retour », « expulsion » ou « extradition », mais la description formelle du transfert n'a guère d'importance. Le critère sous-jacent est celui du contrôle effectif de la personne : si ce contrôle effectif passe d'un État à l'autre, alors le principe s'applique⁵.

Le principe de non-refoulement est explicitement reconnu dans un certain nombre de traités des droits de l'homme, par exemple l'article 3 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants⁶, le paragraphe 8 de l'article 22 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, le paragraphe 4 de l'article 13 de la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, l'article 16 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées ou le paragraphe 2 de l'article 19 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

De manière plus générale, comme l'a reconnu la jurisprudence des droits de l'homme, le principe de non-refoulement est une composante essentielle de l'interdiction de la torture et des autres formes de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants⁷.

En effet, le Comité des Nations Unies pour les droits de l'homme a déclaré que les États parties au Pacte international relatif aux droits civils et politiques étaient tenus « de ne pas extraditer, déplacer, expulser quelqu'un ou le transférer par d'autres moyens de leur territoire s'il existe des motifs sérieux de croire qu'il y a un risque réel de préjudice irréparable dans le pays vers lequel doit être effectué le renvoi ou dans tout pays vers lequel la personne concernée peut être renvoyée par la suite, tel le préjudice envisagé aux articles 6 et 7 du Pacte »⁸. La Cour européenne des droits de l'homme a elle aussi considéré

5 Voir E. Lauterpacht et D. Bethlehem, *op. cit.* (note 1), para. 63; Comité contre la torture, Conclusions et recommandations – Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, territoires dépendants de la Couronne et territoires d'outre-mer, doc. Nations Unies CAT/C/CR/33/3, 10 décembre 2004, para. 4 b) et 5 e).

6 Voir Comité contre la torture, Observation générale sur l'application de l'article 3 dans le contexte de l'article 22 de la Convention contre la torture, doc. Nations Unies A/53/44, 16 septembre 1998, annexe IX, p. 54.

7 Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, doc. Nations Unies A/59/324, 1^{er} septembre 2004, para. 28 : « [L]e principe du non-refoulement fait partie intégrante de l'interdiction générale, absolue et impérative de la torture et des autres formes de mauvais traitements. »

8 Comité des droits de l'homme, Observation générale N° 31 [80], La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte, doc. Nations Unies CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 mai 2004, para. 12, et Observation générale N° 20, doc. Nations Unies HRI/GEN/1/Rev.1, 29 juillet 1994, para. 9. Le Comité des droits de l'homme a réaffirmé avec constance cette position dans sa jurisprudence; voir par exemple Comité des droits de l'homme, Constatations, Communication N° 469/1991, *Chitat Ng c. Canada*, doc. Nations Unies CCPR/C/49/D/469/1991, 7 janvier 1994, para. 14.1; Comité des droits de l'homme, Constatations, Communication N° 470/1991, *Joseph Kindler c. Canada*, doc. Nations Unies

que le principe de non-refoulement découlait directement de l'interdiction de la torture et des traitements cruels et inhumains inscrite à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme⁹. Le Comité des droits de l'enfant a adopté une position similaire¹⁰.

La règle du non-refoulement couvre aussi le risque de privation arbitraire de la vie, en particulier dans les cas où la peine de mort risque d'être prononcée sans que soient respectées les garanties fondamentales d'un procès équitable. Le Comité des droits de l'homme a expressément déclaré qu'un risque de violation de l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (droit à la vie) constitue un obstacle à tout déplacement ou transfert hors du territoire¹¹. La Cour européenne des droits de l'homme n'a finalement pas eu à trancher cette question dans une affaire qui entraînait un risque de privation arbitraire de la vie ou de peine de mort sans procès équitable¹², mais elle a jugé que le fait de prononcer la peine de mort en violant les principes d'une procédure judiciaire équitable constituait un traitement inhumain¹³. Selon la jurisprudence de la Cour, un transfert constituerait donc une violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme si la personne concernée était exposée à un tel risque. Etant donné le préjudice irréparable que pourrait subir une personne en cas de privation arbitraire de la vie, l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme doit être considéré comme une interdiction du transfert dans le cas où une personne courrait un risque de subir ce sort. Par conséquent, le principe de non-refoulement couvre aussi l'éventualité du transfert dans les cas où une personne risque d'être arbitrairement privée de la vie, y compris par une peine de mort prononcée sans procès équitable.

Au delà des droits mentionnés, au regard de certains traités et instruments, le principe de non-refoulement s'étend à d'autres domaines. Ainsi, l'arti-

CCPR/C/48/D/470/1991, 18 novembre 1993, para. 6.2; voir le désaccord du gouvernement des États-Unis avec cette interprétation des articles 6 et 7 dans : Commentaires du Gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant les observations finales du Comité des droits de l'homme, doc. Nations Unies CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1/Add.1, 12 février 2008, pp. 9 et suiv.

- 9 Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), affaire *Soering c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 1989, série A N° 161, para. 91; affaire *Cruz Varas et autres c. Suède*, arrêt du 20 mars 1991, série A N° 201, para. 69-70; affaire *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 30 octobre 1991, série A N° 215, para. 102-110; affaire *Chahal c. Royaume-Uni*, arrêt du 15 novembre 1996. Rapports 1996-V, para. 74.
- 10 Comité des droits de l'enfant, Observation générale N° 6 (2005), Traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine, doc. Nations Unies CRC/GC/2005/6, 1^{er} septembre 2005, para. 27-28.
- 11 Comité des droits de l'homme, Observation générale N° 31 [80], *op. cit.* (note 8), para. 12; l'application de la peine de mort sans jugement équitable constitue une violation du droit à la vie: Comité des droits de l'homme, Observation générale 6, Article 6, doc. Nations Unies HRI/GEN/1/Rev.1, 29 juillet 1994, para. 7.
- 12 La Cour a laissé cette question sans réponse dans l'affaire *S.R. c. Suède*, décision N° 62806/00 du 23 avril 2002, et *Bader et Kanbor c. Suède*, arrêt du 8 novembre 2005, para. 49. On notera toutefois que les Protocoles N° 6 et N° 13 sont parfois interprétés comme interdisant le transfert d'une personne qui encourt le risque de peine de mort.
- 13 CEDH, affaire *Öçalan c. Turquie*, arrêt du 12 mars 2003, para. 213, confirmé par la Grande Chambre dans son arrêt du 12 mai 2005, para. 169; *Bader et Kanbor c. Suède*, *op. cit.* (note 12), para. 47.

de 16 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées interdit le transfert de toute personne risquant d'être victime d'une disparition forcée ; la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne interdit le transfert de personnes qui encourent la peine de mort¹⁴. Selon la jurisprudence de certains organes des droits de l'homme, le principe de non-refoulement peut s'étendre à d'autres risques¹⁵. Il est donc nécessaire, dans chaque situation, d'examiner les traités spécifiques auxquels est partie l'État concerné et d'évaluer si ces traités imposent une interdiction plus large du refoulement que celle qui est évoquée ici, c'est-à-dire l'interdiction du transfert lorsqu'une personne court le risque de subir des actes de torture, de traitement cruel, inhumain ou dégradant, ou une privation arbitraire de la vie.

Le droit international humanitaire

On retrouve le principe de non-refoulement au paragraphe 4 de l'article 45 de la IV^e Convention de Genève, qui dispose que :

Une personne protégée ne pourra, en aucun cas, être transférée dans un pays où elle peut craindre des persécutions en raison de ses opinions politiques ou religieuses¹⁶.

On ne trouve pas de disposition parallèle dans la III^e Convention de Genève, relative au traitement des prisonniers de guerre, dont l'article 118 stipule que « [l]es prisonniers de guerre seront libérés et rapatriés sans délai après la fin des hostilités actives ». Dès le début des travaux de rédaction de la Convention de Genève de 1949, le CICR appela l'attention des États sur des cas dans lesquels des prisonniers

14 Article 19, para. 2; voir aussi la Directive 2004/83/CE du Conseil de l'Union européenne du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts (*Journal officiel de l'Union européenne* N° L 304 du 30 septembre 2004, pp. 12 à 23), qui prévoit une protection subsidiaire dans les cas où le droit relatif aux réfugiés ne s'applique pas, mais où, pour d'autres raisons – comme le risque de peine de mort et de torture ou de traitements ou sanctions inhumains ou dégradants –, les personnes ne peuvent être renvoyées (article 15).

15 Ainsi, la CEDH a considéré que le fait de ne pas respecter les garanties minimales d'un procès équitable pouvait empêcher le transfert : *affaire Soering c. Royaume-Uni*, *op. cit.* (note 9), para. 11; affaire *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, arrêt du 4 février 2005 (GC), Recueil 2005-I, para. 88; voir aussi, au sujet du risque de détention arbitraire, le Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire, doc. Nations Unies A/HRC/4/40, 9 janvier 2007, para. 49. Le Comité des droits de l'enfant a en outre examiné un certain nombre de risques qui pourraient causer des dommages irréparables aux enfants transférés, comme le recrutement forcé : voir Comité des droits de l'enfant, Observation générale N° 6 (2005), *op. cit.* (note 10), para. 27 et 28.

16 Bien que le droit international humanitaire ne définisse pas le terme « persécution », cette notion désigne, au minimum, de graves violations des droits de l'homme (droit à la vie, liberté, sécurité) sur la base de motifs tels que l'appartenance ethnique, la nationalité, la religion ou les opinions politiques. Voir l'article premier de la Convention de 1951 sur les réfugiés; HCR, Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, doc. HCR/1P/4/FRE/REV.1, 1979, réédité en janvier 1992, para. 51 à 53; paragraphe 2) g de l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale. Voir aussi E. Gillard, *op. cit.* (note 1), pour des références supplémentaires.

de guerre étaient rapatriés contre leur gré¹⁷, mais la Conférence diplomatique rejeta l'idée de prévoir des exceptions à l'obligation de rapatrier¹⁸. Néanmoins, le CICR a toujours considéré que, bien que la simple volonté des prisonniers de guerre ne saurait à elle seule empêcher leur rapatriement, ils ne devraient pas être rapatriés si leur transfert est « contraire aux principes généraux du droit international protégeant la personne humaine ; et que les organes de contrôle doivent pouvoir s'assurer, au cas par cas, du fait que les prisonniers ont pris leur décision en toute liberté et sincérité¹⁹. Le CICR a appliqué ces principes dans de nombreux conflits, par exemple pendant la guerre entre l'Irak et l'Iran²⁰, pendant la guerre du Golfe de 1990-1991²¹, ou pendant la guerre entre l'Éthiopie et l'Érythrée²².

En outre, les Conventions de Genève contiennent une restriction beaucoup plus large du transfert des prisonniers de guerre ou des internés civils entre puissances alliées dans les conflits armés internationaux. L'alinéa 2 de l'article 12 de la III^e Convention de Genève dispose en effet que :

Les prisonniers de guerre ne peuvent être transférés par la Puissance détentrice qu'à une Puissance partie à la Convention et lorsque la Puissance détentrice s'est assurée que la Puissance en question est désireuse et à même d'appliquer la Convention.

L'alinéa 3 de l'article 45 de la IV^e Convention de Genève contient une disposition identique concernant les ressortissants étrangers sur le territoire d'une partie à un conflit armé international. Ces dispositions ont une portée très large à deux égards : premièrement, elles interdisent les transferts de détenus non seulement dans les cas où se présentent des risques spécifiques, mais encore dans toute situation où les Conventions ne seraient pas respectées par l'État de destination ; deuxièmement, elles concernent non seulement le respect formel des Conventions de Genève par l'État d'accueil, mais aussi sa volonté et sa capacité de les respecter.

Ces deux dispositions ne s'appliquent pas de manière aussi étendue que celles du droit relatif aux droits de l'homme, puisqu'elles ne concernent que certaines catégories de personnes. L'article 45 de la IV^e Convention de Genève couvre les étrangers sur le territoire d'une partie à un conflit armé international, tandis que l'article 12 de la III^e Convention de Genève s'applique aux prisonniers de guerre. D'autre part, dans leur formulation originale, elles s'appliquent aux transferts entre puissances alliées dans un conflit armé

17 Jean Pictet (éd.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 – Commentaire, III : La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, CICR, Genève, 1958, p. 571.

18 L'article 109 de la III^e Convention de Genève interdit cependant le rapatriement de prisonniers malades ou blessés contre leur gré pendant les hostilités. Cette disposition doit de toute évidence être interprétée comme couvrant aussi les prisonniers de guerre qui ne sont ni blessés ni malades. *Ibid.*, pp. 540-541. Si elle a été insérée dans les règles concernant les blessés et les malades, c'est parce que seules ces personnes sont concernées par la libération anticipée aux termes de la III^e Convention.

19 *Ibid.*, pp. 575-578.

20 *Rapport d'activité 1989* du CICR, p. 87.

21 *Rapport d'activité 1991* du CICR, p. 100.

22 *ICRC Annual Report 2006*, p. 97; *ICRC Annual Report 2007*, p. 102.

international, et il n'existe pas de disposition parallèle pour les conflits armés non internationaux.

Il n'en demeure pas moins que le principe humanitaire qui sous-tend ces dispositions – à savoir le fait qu'une puissance détentrice doit veiller à ce que l'allié auquel elle transfère des détenus les traitera dans le respect des normes des Conventions de Genève – devrait aussi être pris en considération dans les conflits armés non internationaux (spécialement dans les cas dits « conflits armés non internationaux internationalisés », c'est-à-dire les conflits internes dans lesquels des forces armées étrangères, venues de l'extérieur du pays, interviennent aux côtés du gouvernement). Ainsi, si des pays qui fournissent des contingents à une force multinationale procèdent à des transferts de détenus entre eux, le principe qui sous-tend l'alinéa 2 de l'article 12 de la III^e Convention de Genève et l'alinéa 3 de l'article 45 de la IV^e Convention de Genève devrait être pris en considération.

En outre, l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève interdit de manière absolue la torture, les traitements cruels ou les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants. Cette disposition doit être lue à la lumière de l'interprétation qui a été donnée des dispositions parallèles du droit relatif aux droits de l'homme. Si l'interdiction absolue, dans le droit des droits de l'homme, de la torture et des autres formes de mauvais traitements prohibe le transfert d'une personne qui risque de subir un tel traitement, il n'y a aucune raison que l'interdiction absolue en droit humanitaire ne soit pas interprétée de la même manière.

Autre norme pertinente dans le contexte des transferts et des libérations, le paragraphe 4 de l'article 5 du Protocole additionnel II aux Conventions de Genève, qui stipule ceci :

S'il est décidé de libérer des personnes privées de liberté, les mesures nécessaires pour assurer la sécurité de ces personnes seront prises par ceux qui décideront de les libérer.

Bien que cette disposition n'évoque pas le transfert de personnes d'un État à un autre, elle contient néanmoins le principe humanitaire essentiel selon lequel les autorités détentrices ont certaines responsabilités à l'égard des détenus lorsqu'elles les libèrent.

Ces normes existantes de droit humanitaire applicables aux transferts n'empêchent pas l'application du principe de non-refoulement en vertu du droit relatif aux droits de l'homme ou du droit relatif aux réfugiés. De fait, dans certaines situations – comme l'a affirmé la Cour internationale de justice – le droit humanitaire constitue la *lex specialis* par rapport au droit des droits de l'homme²³. Tel pourrait en principe aussi être le cas dans l'hypothèse où le droit humanitaire, par son silence, c'est-à-dire lorsqu'il n'interdit pas un certain

23 Cour internationale de justice (CIJ), *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif du 8 juillet 1996*, CIJ Recueil 1996, p. 226, para. 25; CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif du 9 juillet 2004*, CIJ Recueil 2004, p. 136, para. 106.

comportement, excluait l'application d'une telle interdiction en vertu du droit relatif aux droits de l'homme. Cependant, la portée limitée du non-refoulement et d'autres normes juridiques touchant les transferts en droit humanitaire ne doit pas être interprétée comme un silence assorti de réserves, comme si les rédacteurs des textes avaient délibérément choisi d'éliminer la possibilité de concevoir des normes assurant une protection plus forte. En effet, si le droit humanitaire aborde certains aspects des transferts, rien n'indique, dans les travaux préparatoires des Conventions de Genève et des Protocoles additionnels, que leurs rédacteurs auraient examiné toutes les situations dans lesquelles des transferts seraient susceptibles de se dérouler (comme les transferts vers un autre État pendant un conflit armé non international) et auraient délibérément rejeté l'application du principe de non-refoulement découlant d'autres sources de droit. Il n'existe pas non plus de conflit entre l'ensemble de règles existantes en droit humanitaire, d'une part, et celles du droit relatif aux droits de l'homme ou du droit relatif aux réfugiés, d'autre part. Les normes des deux branches de droit sont bien plutôt complémentaires.

On peut tracer un parallèle avec la relation qui existe entre le principe de non-refoulement en droit des réfugiés et en droit des droits de l'homme. Le Haut-Commissaire pour les réfugiés défend depuis longtemps le point de vue selon lequel l'absence de protection au regard du droit des réfugiés n'exclut aucunement la protection en vertu du droit relatif aux droits de l'homme²⁴. C'est ce que l'on désigne parfois par le terme « protection complémentaire »²⁵. Ainsi, en considérant le droit humanitaire comme une branche supplémentaire de droit pertinent, les trois corpus juridiques apportent une protection complémentaire, en termes de non-refoulement, dans leurs champs d'application respectifs.

Les obligations découlant du principe de non-refoulement

La portée du principe de non-refoulement a été examinée au fil du temps dans la jurisprudence comme dans la pratique. Nous nous en tiendrons ici à quelques aspects.

Premièrement, le principe s'applique à tout type de transfert, quelle que soit l'appellation juridique de la mesure prononcée : expulsion, extradition, retour, rapatriement ou autre. Ceci ressort clairement, comme indiqué plus haut, du libellé du paragraphe 1 de l'article 33 de la Convention de 1951 relative aux réfugiés (« de quelque manière que ce soit »), ainsi que des formulations générales

24 Voir « Factum of the Intervenor, UNHCR, United Nations High Commissioner for Refugees, *Suresh v. the Minister of Citizenship and Immigration; the Attorney-General of Canada*, SCC N° 27790 », reproduit dans *International Journal of Refugee Law*, Vol. 14, janvier 2002, p. 141, para. 27 : « Le paragraphe 1 de l'article 3 [de la Convention contre la torture] l'emporte sur le paragraphe 2 de l'article 33 [de la Convention sur les réfugiés] » [notre traduction]; Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR), *Avis consultatif sur l'application extra-territoriale des obligations de non-refoulement en vertu de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et de son Protocole de 1967*, 26 janvier 2007, para. 11.

25 En ce qui concerne la protection complémentaire, voir G.S. Goodwin-Gill et J. McAdam, *op. cit.* (note 3), p. 285 et suiv.; Jane McAdam, « Complementary protection and beyond: How states deal with human rights protection », Working Paper N° 118, HCR, août 2005.

que l'on trouve dans le droit international humanitaire et dans la jurisprudence des organes des droits de l'homme. En outre, en droit humanitaire comme en droit des droits de l'homme, le critère décisif est le transfert du contrôle effectif d'un État à un autre, ce qui signifie qu'au regard de ces branches du droit, le principe de non-refoulement peut s'opposer aux transferts entre États, quand bien même la personne resterait sur le même territoire. Même si ce n'est pas la situation qui avait été envisagée au départ dans les dispositions pertinentes, c'est l'unique interprétation compatible avec l'objet et la raison d'être du principe de non-refoulement. De fait, s'il en était autrement, les obligations pourraient être aisément contournées : le pays opérant le transfert pourrait amener une personne dans un premier temps, par exemple, dans une ambassade ou une base militaire sur sol étranger, pour la remettre ensuite au gouvernement du pays en question. Un simple artifice de procédure permettrait de vider le principe de son sens.

Deuxièmement, le principe de non-refoulement n'interdit pas seulement les transferts de personnes vers un pays où elles pourraient courir un risque de persécution, de mauvais traitement ou de privation arbitraire de la vie, mais aussi le refoulement dit « secondaire », c'est-à-dire le transfert vers un État où la personne transférée risquerait un nouveau transfert vers un État tiers où elle serait exposée à une telle menace²⁶. De toute évidence, c'est au premier pays qu'il incombe de procéder aux vérifications nécessaires en amont ; s'il n'existe aucun risque prévisible au moment où le premier transfert est effectué, le pays d'origine ne saurait être tenu responsable en cas de transfert ultérieur vers un État tiers. Si l'on exigeait formellement que les transferts ne soient soumis au principe du non-refoulement que dans les cas où la personne est transférée directement vers le territoire où elle pourrait courir le risque, cela entraînerait une conséquence peu rationnelle, à savoir que le principe pourrait aisément être contourné. L'interdiction du refoulement secondaire signifie que si les détenus sont transférés entre les membres d'une coalition (par exemple afin de partager des établissements de détention ou des procédures de transfert), la puissance qui effectue le transfert doit s'assurer que la puissance à laquelle elle transfère une personne ne remettra pas à son tour celle-ci à un pays tiers, en violation du principe de non-refoulement. Pour veiller à empêcher tout refoulement secondaire illégal, certains accords de transfert incluent des clauses qui prohibent les transferts du pays de destination vers un pays tiers.

Troisièmement, le principe de non-refoulement peut interdire les transferts vers des pays dans lesquels le risque potentiel peut dépendre non seulement des autorités de l'État, mais aussi d'entités non gouvernementales ou de personnes, si l'État de destination ne peut pas ou ne souhaite pas protéger la

26 HCR, *Note sur le non-refoulement* (EC/SCP/2), 1977; HCR, *Note on Diplomatic Assurances and International Refugee Protection*, août 2006, para. 8; Comité des droits de l'homme, Observation générale N° 31 [80], op. cit. (note 8), para. 12; Comité contre la torture, Observation générale sur l'application de l'article 3 dans le contexte de l'article 22 de la Convention contre la torture, doc. Nations Unies A/53/44, annexe IX, para. 295 et 296; CEDH, affaire *T.I. c. Royaume-Uni*, requête N° 43844/98, décision de recevabilité du 7 mars 2000, p. 15; HCR, Comité exécutif, *Conclusion N° 58 (XL)* « *Problème des réfugiés et des demandeurs d'asile quittant de façon irrégulière un pays où la protection leur a déjà été accordée* » (1989), para. f i); E. Lauterpacht et D. Bethlehem, op. cit. (note 1), para. 243.

personne transférée²⁷. C'est un point particulièrement pertinent dans les cas où la remise en liberté de personnes dans certaines zones peut les exposer non seulement à des abus par les autorités de l'État sur place, mais aussi à des représailles ou des persécutions aux mains d'autres parties. Dans des situations de ce type, le paragraphe 4 de l'article 5 du Protocole additionnel II, cité plus haut, qui stipule que la sécurité des personnes détenues doit être assurée lors de leur libération, est aussi pertinent.

Quatrièmement, il est important de rappeler que le principe de non-refoulement est absolu, à la seule exception du paragraphe 2 de l'article 33 de la Convention de 1951 relative aux réfugiés. Aucune des dispositions du droit relatif aux droits de l'homme ou du droit international humanitaire²⁸ ne prévoit d'exception. Comme le principe découle de l'interdiction absolue de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants, ainsi que du droit à la vie lui-même, il est logique que les États ne puissent en aucune circonstance contourner ces obligations et mettre des personnes en danger en les transférant vers des États où elles risqueraient de subir de tels traitements.

Dans le cadre des politiques de lutte contre le terrorisme, les États ont parfois mis en doute la nature absolue du principe de non-refoulement, en arguant qu'il pourrait les contraindre à garder sur leur territoire des terroristes condamnés ou des personnes soupçonnées de terrorisme²⁹. Pour légitime que soit cette préoccupation, elle ne saurait l'emporter sur les considérations qui fondent le principe. De la même manière qu'aucune raison – pas même la guerre ou toute autre situation d'urgence – ne saurait justifier une dérogation ou une limitation à l'interdiction absolue de la torture ou de toute autre forme de mauvais traitement ou de privation arbitraire de la vie, aucune raison ne peut justifier un transfert qui exposerait une personne au risque de subir de telles violations. Il existe sur ce point une longue jurisprudence des organes des droits de l'homme³⁰.

27 CEDH, affaire *H.L.R. c. France* [Grande Chambre], arrêt du 29 avril 1997, Recueil 1997-III, para. 40; affaire *D. c. Royaume-Uni*, arrêt du 2 mai 1997, Recueil 1997-III, para. 49-53; affaire *Salah Sheekh c. Pays-Bas*, arrêt du 11 janvier 2007, para. 147. Le Comité des droits de l'homme n'a pas encore eu à se prononcer spécifiquement sur cette question, mais son Observation générale concernant l'interdiction de transférer toute personne qui risque de subir un « préjudice irréparable » n'est pas limitée aux infractions commises par des agents de la fonction publique; quant à la Convention contre la torture, elle ne couvre que les actes de torture commis par des agents de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel (mais elle couvre aussi les cas où des entités non gouvernementales exercent des fonctions comparables à celles d'un gouvernement; voir Comité contre la torture, *Sadiq Shek Elmi c. Australie*, Communication N° 120/1998, doc. Nations Unies CAT/C/22/D/120/1998, 25 mai 1999).

28 Bien que l'alinéa 5 de l'article 45 de la IV^e Convention de Genève exclue l'extradition de son champ d'application.

29 Voir « Observations of the governments of Lithuania, Portugal, Slovakia and the United Kingdom intervening in the Application N° 25424/05 », CEDH, affaire *Ramzy c. Pays-Bas*, para. 25-29, disponible en ligne à l'adresse: <http://www.redress.org/publications/GovernmentIntervenorObservationsInRamzy%20case22November.pdf> (date d'accès : 17 juin 2008).

30 Comité des droits de l'homme, Observations finales – Canada, doc. Nations Unies CCPR/C/CAN/CO/5, 20 avril 2006, para. 15; Comité contre la torture, Constatations, Communication N° 39/1996, *Tapia Paez c. Suède*, doc. Nations Unies. CAT/C/18/D/39/1996, 7 mai 1997, para. 14.5; Comité contre la torture, Conclusions et recommandations – Canada, doc. Nations Unies CAT/C/CR/34/CAN, 7 juillet 2005,

Enfin, il faut souligner les obligations procédurales des États découlant du principe de non-refoulement.

Un État qui envisage de transférer une personne vers un autre État doit déterminer s'il existe un risque de violation de ses droits fondamentaux, et ceci que la personne ait ou non exprimé des craintes. Si l'on estime que le risque existe, le transfert ne doit pas avoir lieu. Il est essentiel, pour garantir que cette évaluation sera réalisée avec diligence et que les personnes concernées seront dûment entendues, de respecter une procédure qui offre une protection réelle et utile³¹. Ces obligations ne sont pas inscrites dans les traités de droit humanitaire, mais tant le droit des droits de l'homme que le droit des réfugiés stipulent que les personnes devant être transférées ont le droit de contester la décision de transfert devant un organisme indépendant et impartial, c'est-à-dire indépendant de l'organe qui a pris la décision. Ce droit repose sur les principes généraux des droits de l'homme, y compris le droit à un recours utile et l'impératif d'une procédure équitable³². La mesure dans laquelle les inquiétudes de la personne susceptible d'être transférée sont bien fondées, c'est-à-dire l'existence du risque, doit être évaluée au cas par cas³³.

Le seuil de risque à évaluer diffère quelque peu selon les organes des droits de l'homme, mais la diversité des formulations ne fait pas vraiment une grande différence dans la pratique. Comme le résumait D. Bethlehem et E. Lauterpacht,

- para. 4 a); CEDH, affaire *Chahal c. Royaume-Uni*, op. cit. (note 9), para. 80; affaire *Saadi c. Italie* [Grande Chambre], arrêt du 28 février 2008, para. 138. Voir aussi Rene Bruin et Kees Wouters, « Terrorism and the non-derogability of non-refoulement », *International Journal of Refugee Law*, 2003.15(5).
- 31 E. Lauterpacht et D. Bethlehem – op. cit. (note 1), para. 159 f – et E. Gillard – op. cit. (note 1) – soulignent particulièrement cet aspect procédural. Dans la jurisprudence nationale, des exigences similaires ont été formulées dans les affaires *Suresh c. Canada* (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), jugement de la Cour suprême du Canada, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, para. 121 et 122 et *Khouzam v. Attorney General of the United States et al.*, arrêt de la Cour d'appel du Troisième circuit (United States Court of Appeals for the Third Circuit), 5 décembre 2008 (<http://www.aclu.org/immigrants/gen/379871gl20081205.html>) (date d'accès : 6 décembre 2008).
- 32 Voir Pacte international relatif aux droits civils et politiques, para. 3 de l'article 2; Convention européenne des droits de l'homme, article 13; Convention américaine relative aux droits de l'homme, article 27; Protocole N°7 à la Convention européenne des droits de l'homme, article 1; Comité des droits de l'homme, *Mansour Ahani c. Canada*, Communication N° 1051/2002, doc. Nations Unies CCPR/C/80/D/1051/2002, 15 juin 2004, para. 10.6 à 10.8; Comité contre la torture, Décision, Communication N° 233/2003, *Ahmed Hussein Mustafa Kamil Agiza c. Suède*, 24 mai 2005, doc. Nations Unies CAT/C/34/D/233/2003, para. 13.7; Comité contre la torture, Observations finales – Australie, doc. Nations Unies CAT/C/AUS/CO/3, 22 mai 2008, para. 17; Comité contre la torture, Conclusions et recommandations – États-Unis d'Amérique, doc. Nations Unies CAT/C/USA/CO/2, 25 juillet 2006, para. 20; CEDH, affaire *Chahal c. Royaume-Uni*, op. cit. (note 9), para. 151-152; Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, op. cit. (note 7), para. 29; Commission interaméricaine des droits de l'homme, décision du 28 octobre 2002, « Extension of precautionary measures (N. 259) regarding detainees in Guantánamo Bay, Cuba », et résolution N° 1/06, « Guantánamo Bay precautionary measures », du 28 juillet 2006, para. 4; voir aussi Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Report on Terrorism and Human Rights*, 2002, para. 394.
- 33 Ce point a été réaffirmé récemment par le Groupe de spécialistes sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme (DH-S-TER) du Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) du Conseil de l'Europe : Rapport de la première réunion, 7-9 décembre 2005, doc. DH-S-TER(2005)018, Strasbourg, 16 décembre 2005, et Rapport de la deuxième réunion, 29-31 mars 2006, doc. DH-S-TER(2006)005, Strasbourg, 3 avril 2006.

« la formulation la plus complète du seuil formulée dans la pratique internationale » peut être décrite comme « des circonstances dans lesquelles on peut montrer qu'il existe des motifs substantiels de croire que la personne courrait un risque réel[...]»³⁴. Les États-Unis appliquent un critère différent au regard de la Convention contre la torture : pour eux, la torture doit être « fort probable » (*more likely than not*)³⁵. Or, ce critère n'a aucun fondement dans le texte de l'article 3 de la Convention contre la torture, qui parle de « motifs sérieux de croire [que la personne] risque d'être soumise à la torture ». L'expression « motifs sérieux » signifie qu'il doit y avoir des éléments probants permettant de conclure à l'existence d'un risque. En outre, risque n'est pas synonyme de probabilité. Pour citer les conclusions de la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles, « un « risque réel » est davantage qu'une simple possibilité, mais moins qu'une forte probabilité »³⁶.

Ni le droit des droits de l'homme, ni le droit des réfugiés n'exigent que l'organe d'examen soit un tribunal, mais il découle des principes généraux du droit relatif aux droits de l'homme – en particulier le droit à un recours et les garanties d'une procédure régulière – qu'un certain nombre de garanties minimales de procédure doivent être respectées pour que le recours soit effectif. Ainsi, les autorités doivent informer la personne concernée en temps opportun de leur intention de la transférer, et la personne doit avoir la possibilité de saisir l'organe compétent afin d'exprimer, le cas échéant, les craintes qu'elle éprouve de subir une persécution ou des menaces contre sa vie ou son intégrité physique par suite du transfert. Ceci sous-entend aussi que les informations données à la personne lui permettent de prendre une décision en connaissance de cause. Elle devrait bénéficier de l'assistance d'un conseil juridique³⁷. Pendant l'examen, il convient de surseoir à l'exécution de la mesure de transfert, car en cas contraire le principe de non-refoulement serait enfreint, étant donné la nature irréversible du dommage³⁸. Selon le régime juridique applicable, d'autres garanties de procédure peuvent être nécessaires. Dans la pratique, de nombreux pays prévoient l'examen par un tribunal de toutes les décisions de transfert.

34 E. Lauterpacht et D. Bethlehem, *op. cit.* (note 1), para. 249, avec références aux pratiques aux para. 245 à 248 [notre traduction].

35 Réserves formulées par le Gouvernement des États-Unis d'Amérique lors de la ratification de la Convention contre la torture [www2.ohchr.org/english/bodies/ratification/9.htm, date d'accès: 9 décembre 2008].

36 England and Wales Court of Appeal, affaire *AS & DD (Lybia) v. Secretary of State for the Home Department*, [2008] EWCA Civ 289, para. 60 [notre traduction].

37 Paragraphe 2 de l'article 32 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés. L'absence de conseil juridique est l'un des facteurs dont a tenu compte la CEDH pour évaluer l'exercice effectif du droit de recours dans l'affaire *Chahal c. Royaume-Uni*, *op. cit.* (note 9), para. 154.

38 Voir par exemple: CEDH, affaire *Jabari c. Turquie*, arrêt du 11 octobre 2000, para. 50, dans lequel la Cour a conclu qu'une procédure de détermination du statut de réfugié qui n'entraînait pas d'effet suspensif sur la décision d'expulsion et qui ne permettait pas un examen des motifs du grief violait l'article 13 de la Convention (droit à un recours effectif); Comité des Nations Unies contre la torture, Conclusions et recommandations – Australie, *op. cit.* (note 32), para. 17; pour d'autres références à la nécessité d'un effet suspensif, voir E. Gillard, *op. cit.* (note 1).

Les transferts et le rôle du CICR

Il est arrivé à maintes reprises que le CICR rende visite à des détenus redoutant, en cas de libération ou de transfert, d'être victimes de violations de leurs droits humains ou d'être exposés à d'autres risques, comme des représailles à l'intérieur de leur communauté. Dans de telles situations, le CICR informe les autorités des craintes de la personne concernée. Il n'appartient pas au CICR d'évaluer si ces craintes sont partiellement ou totalement fondées; cette tâche incombe aux autorités. Néanmoins, le CICR demande souvent des entretiens avec les détenus avant leur départ, afin de pouvoir transmettre aux autorités, le cas échéant, toute crainte de cette nature.

Le CICR est par ailleurs préoccupé par un autre aspect, à savoir la procédure concrète de transfert. Il est fréquent que l'institution prête ses services pour faciliter le retour des détenus, et en particulier des prisonniers de guerre, dans leurs lieux d'origine. Il est important à cet égard de préciser que si le CICR avait des raisons de craindre qu'un transfert contrevienne aux normes juridiques internationales, il ne serait pas en mesure d'offrir ses services. En outre, au titre de sa politique générale, le CICR n'apporte une aide au retour qu'aux personnes qui ont exprimé le vœu de revenir, c'est-à-dire qui ont consenti en toute connaissance de cause au transfert; il serait en effet incompatible avec le mandat humanitaire de l'institution de mener des activités qui, même si elles sont légales, pourraient entraîner des dommages pour la personne concernée. Ainsi, même dans un cas où le transfert serait légal au regard du droit international, le CICR refuserait par principe de prêter ses services pour faciliter le retour de personnes transférées contre leur gré.

Les transferts dans le contexte des opérations multinationales

On associe généralement les transferts de personnes au passage du territoire d'un État vers un autre; or, les transferts prennent aujourd'hui de l'ampleur dans le contexte des opérations multinationales. Ils peuvent alors prendre la forme d'opérations d'assistance au gouvernement du pays hôte – comme la Force internationale d'assistance à la sécurité en Afghanistan et la Force multinationale en Irak – ou d'opérations de maintien, d'imposition ou de rétablissement de la paix³⁹ menées sous les auspices des Nations Unies et réalisées par les États; ils peuvent aussi être réalisés par les États sous l'égide d'organisations régionales telles que l'OTAN ou l'Union européenne, elles-mêmes mandatées à cet effet par les Nations Unies.

Durant de telles opérations, des personnes peuvent être transférées entre des pays fournisseurs d'effectifs militaires ou de police, entre ces pays et

39 On trouvera une description des diverses formes d'opération multinationale conduites sous les auspices des Nations Unies dans *Opérations de maintien de la paix des Nations Unies – Principes et Orientations*, Département des opérations de maintien de la paix, Département de l'appui aux missions, Organisation des Nations Unies, New York, 2008, Annexe 2, pp. 104 et suiv.

le pays hôte, ou encore entre les Nations Unies, les pays fournisseurs de forces militaires ou de police, les organisations régionales et le pays hôte.

La complexité d'opérations de ce type soulève certes toute une gamme de questions concrètes qui sont autant de gageures, mais il demeure cependant possible – et important – de décomposer ce phénomène complexe en ses parties constitutives, en fonction du droit international existant, afin de trouver des solutions politiques et pratiques dans ce cadre. En effet, si la nature propre de chaque opération de ce type entraîne des conséquences juridiques pour toute une série de questions – comme la responsabilité et le cadre légal de la détention –, elle n'est pas pertinente pour ce qui est du respect du principe de non-refoulement et des autres obstacles juridiques aux transferts, qui s'appliquent à toutes les situations au regard du droit des réfugiés, du droit relatif aux droits de l'homme et du droit humanitaire⁴⁰.

Application du principe de non-refoulement

La première question qui se pose est de savoir si le principe de non-refoulement peut s'appliquer, en l'état, à des personnes détenues par des forces à l'étranger. La réponse dépend du droit applicable.

Au regard du droit international humanitaire, l'article 12 de la III^e Convention de Genève protège les prisonniers de guerre contre les transferts, où qu'ils soient emprisonnés, et l'article 45 de la IV^e Convention de Genève protège de la même manière tout ressortissant étranger sur le territoire d'une partie à un conflit. Le paragraphe 4 de l'article 5 du Protocole additionnel II s'applique aux personnes détenues dans un conflit armé non international, y compris celles qui sont détenues par une partie engagée dans un tel conflit à l'étranger.

En ce qui concerne le droit des réfugiés, la position du HCR est que le principe de non-refoulement « s'applique partout où l'État exerce son autorité, y compris à la frontière, en haute mer ou sur le territoire d'un autre État »⁴¹. Le critère décisif, pour le HCR, est la question de savoir si les personnes « sont placées sous l'autorité et le contrôle effectif de cet État »⁴².

Quant au droit relatif aux droits de l'homme, une analyse du champ d'application respectif des divers traités des droits de l'homme sortirait du cadre du présent article⁴³. Il suffit ici de rappeler que la Cour internationale de Justice a

40 L'unique exception qui pourrait modifier les obligations relatives au non-refoulement serait une résolution du Conseil de sécurité en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies, comme nous le verrons plus loin.

41 HCR, *Avis consultatif sur l'application extra-territoriale des obligations de non-refoulement*, *op. cit.* (note 24), para. 24, dans lequel le HCR se dissocie explicitement de la décision rendue par la Cour suprême des États-Unis d'Amérique dans l'affaire *Sale, Acting Commissioner, Immigration and Naturalization Service, et al., Petitioners v. Haitian Centers Council, Inc., et al.*, 509 U.S. 155 (1993).

42 *Ibid.*, para. 43.

43 Pour un examen plus détaillé de l'application extraterritoriale des traités des droits de l'homme, voir Cordula Droegge, « Elective affinities ? Human rights and humanitarian law », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 90, N° 871, septembre 2008.

généralement considéré que les obligations en matière de droits de l'homme s'appliquent non seulement sur le territoire d'un pays, mais aussi à l'étranger⁴⁴. Les instances internationales de défense des droits de l'homme ont jugé que les traités des droits de l'homme s'appliquent partout où les autorités de l'État exercent un contrôle général sur un territoire⁴⁵ ou un pouvoir effectif sur une personne⁴⁶.

Ainsi, si un pays détient une personne à l'étranger et exerce, de ce fait, un pouvoir effectif sur elle, le droit relatif aux droits de l'homme, ainsi que le principe de non-refoulement qui en découle, sont applicables. Il est essentiel de noter que ce pouvoir ne dépend pas d'un critère formel tel qu'une détention officielle. L'élément décisif pour l'application des droits de l'homme est le contrôle effectif, parce qu'il constitue le critère concret qui permet d'attribuer la responsabilité, en matière de respect des droits de l'homme, aux autorités de l'État. La question de la durée de la privation de liberté et de sa désignation formelle (arrêt, garde à vue, détention, détention provisoire, etc.) n'est pas pertinente; le principe de non-refoulement s'applique à la privation de liberté, quelle qu'en soit la durée⁴⁷. Par conséquent, si un transfert se produit juste après qu'une personne a été arrêtée, capturée ou même s'est volontairement rendue aux autorités, le simple fait de pouvoir la forcer à passer de la juridiction d'un État à celle d'un autre État contre

44 CIJ, affaire des *Armes nucléaires*, *op. cit.* (note 23), para. 25; affaire du *Mur*, *op. cit.* (note 23), para. 106 à 111; *affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005, para. 216.

45 CIJ, affaire du *Mur*, *op. cit.* (note 23), para. 107 à 113; affaire *RDC c. Ouganda*, *op. cit.* (note 44), para. 215 à 220; Comité des droits de l'homme, Observation générale N° 31 [80], *op. cit.* (note 8), para. 10; Comité des droits de l'homme, Observations – Chypre, doc. Nations Unies CCPR/C/79/Add.39, 3 août 1994, para. 3; Comité des droits de l'homme, Observations finales – Israël, doc. Nations Unies CCPR/CO/78/ISR, 21 août 2003, para. 11; CEDH, affaire *Loizidou c. Turquie (Exceptions préliminaires)*, arrêt, 23 mars 1995, série A N° 310, para. 62; *Chypre c. Turquie*, arrêt du 10 mai 2001, Recueils des arrêts et décisions 2001-IV, para. 77; affaire *Banković et autres c. Belgique et 16 autres États contractants*, requête N° 52207/99, décision sur la recevabilité, 12 décembre 2001, para. 70.

46 Comité des droits de l'homme, *López Burgos c. Uruguay*, doc. Nations Unies CCPR/C/13/D/52/1979, 29 juillet 1981, para. 12.3; *Celiberti c. Uruguay*, doc. Nations Unies CCPR/C/13/D/56/1979, 29 juillet 1981, para. 10.3; Comité contre la torture, Conclusions et recommandations du Comité contre la torture – Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, *op. cit.* (note 5), para. 4 b); Comité contre la torture, Conclusions et recommandations – États-Unis d'Amérique, *op. cit.* (note 32), para. 15 et 20. Pour les arguments des États-Unis, voir *Examen des rapports soumis par les États parties en application de l'article 19 de la Convention, Conclusions et recommandations du Comité contre la torture*, Doc. CAT/C/USA/Q/2, 25 juillet 2006; CEDH, affaire *Öçalan*, *op. cit.* (note 13), para. 93; affaire *Issa et autres c. Turquie*, arrêt du 16 novembre 2004, para. 71; Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Coard v. the United States*, Case 10.951, Report N° 109/99, 29 septembre 1999, para. 37; UK House of Lords, *Al-Skeini and others v. Secretary of State for Defence*, [2007] UKHL 26. Dans une ordonnance récente, la Cour fédérale du Canada a rejeté l'application de la Charte canadienne des droits et libertés aux personnes détenues par les forces canadiennes en Afghanistan, mais a jugé que le droit international s'appliquait à ces personnes. Elle ne s'est pas prononcée sur l'applicabilité de traités internationaux spécifiques des droits de l'homme: Cour fédérale du Canada, affaire *Amnesty International Canada et l'Association des libertés civiles de Colombie-Britannique c. le Chef d'état-major de la Défense des forces canadiennes, le Ministre de la défense nationale et le Procureur général du Canada*, Ordonnance du 12 mars 2008, 2008 CF 336.

47 Voir Pacte international relatif aux droits civils et politiques, para. 1 de l'article 9; Convention européenne des droits de l'homme, article 5; Convention américaine relative aux droits de l'homme, article 7; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, article 6. Tous ces articles s'appliquent à l'arrestation et à la détention.

son gré démontre que les autorités exercent leur pouvoir sur cette personne⁴⁸. Dans certaines situations, les forces présentes dans un autre État ne détiennent pas durablement les personnes, mais les remettent au pays hôte immédiatement après l'arrestation ou la capture. En pareil cas, le principe de non-refoulement s'applique, puisque les forces qui effectuent le transfert ont exercé un pouvoir suffisant sur la personne pour la transférer, même si la période où elles ont ainsi exercé leur emprise sur elle a été courte.

Comme nous l'avons indiqué plus haut, ce principe s'applique aussi dans des situations où une personne est transférée à l'intérieur du territoire d'un État, mais sans passage du contrôle effectif d'un État au contrôle effectif d'un autre, par exemple lorsqu'une personne détenue par une force multinationale est transférée aux autorités du pays hôte. La question déterminante est de savoir si la personne court un risque, et non si elle franchit une frontière⁴⁹. Dans les opérations militaires à l'étranger, dans lesquelles un pays ou une organisation détient des personnes « au nom » du pays hôte ou avec son accord, ce pays ou cette organisation n'en exerce pas moins un contrôle effectif sur elles, et il (ou elle) a le pouvoir de transférer une personne ou non. Le principe de non-refoulement s'applique donc en pareil cas⁵⁰.

Attribution aux organisations internationales ou aux pays fournissant des contingents

Dans le cadre d'opérations multinationales, des personnes peuvent être capturées, détenues ou transférées par les forces des pays fournisseurs d'effectifs militaires ou de police. La première question qui se pose dans le cas d'un transfert de ce type est celle de l'attribution. Il s'agit de savoir qui est, juridiquement, l'auteur du transfert : est-ce l'organisation, le pays, ou les deux à la fois ?

Dans une opération menée sous les auspices d'une organisation internationale (ONU ou organisation régionale), le transfert est attribuable à cette organisation si elle exerce un contrôle effectif sur la mesure prise⁵¹. Tel est généralement le cas si elle exerce un contrôle et un commandement opérationnel sur

48 Ministère danois des affaires étrangères, « Non-paper on legal framework and aspects of detention » présenté à la conférence de Copenhague sur le traitement des détenus dans les opérations militaires extérieures, 11-12 octobre 2007, p. 12 : « (...) un transfert sous-entend essentiellement que l'État d'accueil assume la responsabilité des détenus » [notre traduction].

49 E. Gillard, *op. cit.* (note 1); E. Lauterpacht et D. Bethlehem, *op. cit.* (note 1), para. 114.

50 Comité contre la torture, Conclusions et recommandations – Royaume-Uni, *op. cit.* (note 5), para. 4 b) et para. 5 e). Le Royaume-Uni rejette l'applicabilité de l'article 3 de la Convention contre la torture aux personnes détenues par le Royaume-Uni en Irak et en Afghanistan. Voir Commentaires du Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord au sujet des conclusions et recommandations du Comité contre la torture, doc. Nations Unies CAT/C/GBR/CO/4/Add.1, 8 juin 2006, para. 14.

51 Commission du droit international, Responsabilité des organisations internationales, Commentaires et observations des organisations internationales, doc. Nations Unies A/CN.4/545, 25 juin 2004, pp. 18-19. Voir aussi les déclarations des États dans l'affaire Behrami, dans lesquelles ils invoquent principalement le fait que le critère pertinent est « le contrôle global effectif ». CEDH, affaires *Behrami c. France et Saramati c. Allemagne, France et Norvège*, requêtes N° 71412/01 et 78166/01, décision sur la recevabilité [Grande Chambre], para. 82, 98, 104 et 113.

la mesure de transfert⁵². Ceci signifie que pour chaque opération, il convient d'analyser la situation réelle pour déterminer qui, en dernière analyse, prend la décision relative à la mesure en question.

En ce qui concerne les Nations Unies, une simple autorisation donnée par le Conseil de sécurité aux États pour effectuer l'opération (par exemple l'opération Turquoise au Rwanda ou l'ONUSOM en Somalie⁵³) sera généralement insuffisante pour que les actes effectués par les contingents puissent être attribués à l'ONU. Ainsi, bien que la résolution 1546 du Conseil de sécurité autorise expressément la Force multinationale en Irak à prendre des mesures d'internement « si nécessaire pour des raisons impératives de sécurité », les détenus demeurent sous le contrôle exclusif, non pas des Nations Unies, mais des États-Unis d'Amérique et du Royaume-Uni, qui prennent les décisions relatives à la détention, à la libération et au transfert⁵⁴. Dans le cas de la Force internationale d'assistance à la sécurité en Afghanistan, la décision de transfert incombe exclusivement aux pays fournissant des contingents, et non à l'OTAN ni à l'ONU, ce qui est confirmé par le fait qu'un grand nombre de ces pays ont conclu des accords bilatéraux distincts sur les transferts avec le gouvernement afghan, accords qui contiennent des garanties relatives au traitement des détenus⁵⁵.

Les mesures de transfert seront généralement attribuées aux Nations Unies si une force de maintien de la paix est conçue comme l'un de leurs organes subsidiaires (par exemple la MINUK au Kosovo ou la MONUC en République démocratique du Congo⁵⁶). Dans la pratique, cependant, même lorsque des opérations sont conçues de cette manière, elles demeurent composées de contingents fournis par des États, et les pays d'origine s'ingèrent fréquemment dans le commandement opérationnel des Nations Unies en donnant des ordres à leurs contingents, en particulier lorsqu'ils gèrent des lieux de

52 Rapport du Secrétaire général, Aspects administratif et budgétaire du financement des opérations de maintien de la paix des Nations Unies: financement des opérations de maintien de la paix des Nations Unies, doc. Nations Unies A/51/389, 20 septembre 1996, para. 17-18; Commission du droit international, Responsabilité des organisations internationales, Commentaires et observations des organisations internationales, doc. Nations Unies A/CN.4/545, 25 juin 2004, pp. 18-19; Commission du droit international, Responsabilité des organisations internationales, Commentaires et observations des gouvernements et des organisations internationales, doc. Nations Unies A/CN.4/556, 12 mai 2005.

53 Rapport de la Commission d'enquête créée par la résolution 885 (1993) du Conseil de sécurité pour enquêter sur les attaques armées lancées contre le personnel d'ONUSOM II qui ont occasionné des victimes dans ses rangs, doc. Nations Unies S/1994/653, 1^{er} juin 1994.

54 House of Lords du Royaume-Uni, affaire *R (on the application of Al-Jedda) v. Secretary of State for Defence*, [2007] UKHL 58, para. 23.

55 Voir déclaration du colonel Stephen P. Noonan dans l'affaire *d'Amnesty International Canada*, *op. cit.* (note 46), para. 33.

56 Voir « Organisation des Nations Unies et Belgique. Échange de lettres constituant un accord relatif au règlement de réclamations présentées contre l'Organisation des Nations Unies au Congo par des ressortissants belges » (20 février 1965), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 535, p. 198; Rapport du Secrétaire général, Aspects administratif et budgétaire du financement des opérations de maintien de la paix des Nations Unies, *op. cit.* (note 52), para. 7-8; lettre du Conseiller juridique de l'ONU au directeur de la Division de la codification, du 3 février 2004, citée dans: Deuxième rapport sur la responsabilité des organisations internationales, présenté par M. Giorgio Gaja, Rapporteur spécial, doc. Nations Unies A/CN.4/541, 2 avril 2004, para. 36.

détention. Dans ces situations, la détention et le transfert pourraient être attribuables soit exclusivement au pays fournissant des contingents, soit conjointement au pays et à l'ONU ou à l'organisation régionale, si tous les deux exercent un contrôle effectif.

La question de la possibilité d'une double attribution n'est pas parfaitement tranchée dans la doctrine⁵⁷; dans certaines situations, ce serait sans doute l'interprétation juridique la plus appropriée au regard des faits. Pour citer le rapporteur spécial de la Commission du droit international sur la responsabilité des organisations internationales, « ce n'est pas l'exclusivité du contrôle qui compte – l'Organisation des Nations Unies, par exemple, n'exerce jamais de contrôle exclusif sur les contingents nationaux – mais l'étendue du contrôle effectif. Ceci permettrait également une double attribution de certains comportements »⁵⁸.

De la même manière, les organes des droits de l'homme ont concentré leur attention sur le contrôle résiduel exercé par le pays fournissant des contingents, et ils ont estimé que ce dernier demeurerait lié par ses obligations au regard du droit relatif aux droits de l'homme, même s'il transférait une partie de ses pouvoirs à une organisation internationale. Ainsi, le Comité des droits de l'homme a déclaré :

... un État partie doit respecter et garantir à quiconque se trouve sous son pouvoir ou son contrôle effectif les droits reconnus dans le Pacte même s'il ne se trouve pas sur son territoire. (...) Ce principe s'applique aussi à quiconque se trouve sous le pouvoir ou le contrôle effectif des forces d'un État partie opérant en dehors de son territoire, indépendamment des circonstances dans lesquelles ce pouvoir ou ce contrôle effectif a été établi, telles que les forces constituant un contingent national affecté à des opérations internationales de maintien ou de renforcement de la paix.⁵⁹

La Cour européenne des droits de l'homme fait une analyse plus complexe, mais persiste néanmoins à considérer que les États sont responsables de leur comportement conformément aux obligations qu'ils ont assumées en tant que membres d'organisations internationales. Elle a indiqué, dans sa jurisprudence, qu'un État n'était pas entièrement libéré de ses obligations au regard de la Convention européenne des droits de l'homme s'il transfère certaines

57 Sur la possibilité de la double attribution, voir Deuxième rapport sur la responsabilité des organisations internationales, *op. cit.* (note 56), para. 6; « Échange de lettres constituant un accord relatif au règlement de réclamations présentées contre l'Organisation des Nations Unies au Congo par des ressortissants belges », *op. cit.* (note 56); voir aussi les positions des États cités dans le rapport de Giorgio Gaja, *op. cit.* (note 56), para. 44; dans l'affaire *Behrami*, *op. cit.* (note 51), para. 135 et 139), la CEDH ne semble pas avoir pris en considération la possibilité d'une double attribution.

58 Deuxième rapport sur la responsabilité des organisations internationales, *op. cit.* (note 56), para. 48.

59 Comité des droits de l'homme, Observation générale N° 31 [80], *op. cit.* (note 8), para. 10; voir aussi Comité des droits de l'homme, Observations finales – Belgique, doc. Nations Unies CCPR/C/79/Add.99, 19 novembre 1998, para. 14; Comité des droits de l'homme, Observations finales – Pays-Bas, doc. Nations Unies CCPR/CO/72/NET, 27 août 2001, para. 8; Comité des droits de l'homme, Observations finales – Belgique, doc. Nations Unies CCPR/CO/81/BEL, 12 août 2004, para. 6.

prérogatives relevant de sa souveraineté nationale à une organisation internationale. Dans l'affaire *Bosphorus*, la Cour a estimé qu'il y a lieu de présumer qu'un État respecte les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme s'il agit conformément aux obligations juridiques résultant de son adhésion à une organisation qui accorde une protection des droits fondamentaux équivalente à celle qu'accorde la Convention européenne⁶⁰.

Dans la décision rendue récemment dans les affaires *Behrami et Behrami c. France et Saramati c. Allemagne, France et Norvège*, la Cour a attribué à l'ONU la détention des personnes par les contingents nationaux dans le cadre des opérations de la KFOR, parce qu'elle a conclu que l'autorité et le contrôle ultimes étaient détenus par le Conseil de sécurité⁶¹. Si l'application des conclusions générales de la Cour aux circonstances précises de l'affaire est peu convaincant dans ce cas précis, le fait important est que la Cour européenne des droits de l'homme estime que la conduite, dans une opération multinationale, est attribuable à l'organisation ou à l'État qui exerce l'autorité et le contrôle effectifs. Comme la Cour a expressément distingué les faits de l'affaire *Behrami* de ceux de l'affaire *Bosphorus*, on doit supposer qu'elle confirmerait sa jurisprudence au sujet de la responsabilité des États au regard de la Convention européenne dans les cas où la conduite est attribuable à l'État.

Il est possible que la Cour, à l'avenir, fasse preuve de retenue pour juger le comportement des États parties à la Convention européenne des droits de l'homme en application d'une résolution adoptée par le Conseil de sécurité au titre du chapitre VII de la Charte. Si cette manière de voir est sans doute compatible avec la primauté de la Charte sur les autres traités, elle ne va pas sans poser des problèmes en termes d'attribution, laquelle n'est régie que par la question concrète du contrôle effectif.

Résumons : en matière de transfert de personnes, l'attribution d'une action à tel ou tel acteur dépend d'une évaluation factuelle destinée à déterminer quelle organisation (ou quel État) exerce le contrôle effectif; il s'agira généralement de l'entité qui détient le commandement et le contrôle opérationnels. En tout état de cause, la responsabilité incombera soit au pays, soit à l'organisation, voire aux deux. Il n'y a donc aucune lacune en ce qui concerne l'obligation de respecter le droit des réfugiés, les droits de l'homme et le droit humanitaire.

Les responsabilités juridiques des organisations internationales en matière de transfert

Le principe de non-refoulement a certes été codifié et développé dans le contexte des transferts effectués par les États, mais il est hors de doute que les Nations

60 CEDH, affaire *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande* [Grande Chambre], arrêt du 30 juin 2005, para. 149 à 158.

61 CEDH, affaire *Behrami*, *op. cit.* (note 51), para. 133 à 141.

Unies et les organisations régionales sont également tenues de le respecter, pour autant qu'il reflète le droit coutumier⁶². Les Nations Unies et les organisations internationales sont liées par les règles du droit international dans la mesure où elles exécutent des fonctions qui sont en rapport avec ces règles : c'est un principe reconnu de longue date. Pour citer la Cour internationale de justice (avis consultatif rendu dans l'affaire *OMS et Égypte*), « L'organisation internationale est un sujet de droit international lié en tant que tel par toutes les obligations que lui imposent les règles générales du droit international »⁶³. Ces obligations sont limitées par le mandat de l'organisation internationale, c'est-à-dire ses objectifs et ses fonctions, tels qu'ils sont formulés explicitement ou contenus implicitement dans ses documents constitutifs et développés dans la pratique⁶⁴.

Les organisations internationales telles que l'ONU ou l'Union européenne exercent des activités de détention et effectuent des transferts de détenus; ces activités peuvent avoir une incidence sur les droits des personnes concernées au regard du droit humanitaire, des droits de l'homme et du droit relatif aux réfugiés. Dans la mesure où les obligations découlant de ces branches du droit relèvent du droit coutumier, ces organisations sont tenues de les respecter.

Outre les responsabilités qui leur sont directement attribuées, les organisations internationales sont aussi tenues par l'obligation de *faire respecter* le droit international humanitaire⁶⁵. Par conséquent, si une opération multinationale est réalisée sous l'autorité d'une organisation internationale, celle-ci est particulièrement bien placée pour prendre des mesures afin de prévenir et de faire cesser les violations du droit international humanitaire commises par l'État. En pareil cas, elle devrait exercer son influence, dans toute la mesure possible, dans le cadre de ses relations avec l'État concerné.

Le problème de la diversité des obligations internationales et des capacités différentes des pays fournissant des contingents

On invoque parfois l'argument selon lequel le principe de non-refoulement, avec ses diverses bases juridiques, ne saurait s'appliquer aux opérations multinationales, car il dépend d'un trop grand nombre de branches juridiques, et qu'il serait impossible à appliquer lorsque les divers pays fournissant des

62 En ce qui concerne la nature coutumière du principe de non-refoulement, voir G.S. Goodwin-Gill et J. McAdam, *op. cit.* (note 3), pp. 345-355; E. Lauterpacht et D. Bethlehem, *op. cit.* (note 1), para. 63; HCR, « The principle of non-refoulement as a norm of customary international law », réponse aux questions posées au HCR par la Cour constitutionnelle fédérale de la République fédérale d'Allemagne dans les affaires 2 BvR 1938/93, 2 BvR 1953/93, 2 BvR 1954/93, 31 janvier 1994.

63 CIJ, *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte, avis consultatif du 20 décembre 1980*, CIJ Recueil 1980, p. 73, para. 37.

64 CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, avis consultatif du 11 avril 1949*, CIJ Recueil 1949, p. 174 (voir p. 180).

65 Voir l'article premier commun aux Conventions de Genève de 1949; CIJ, affaire du *Mur*, *op. cit.* (note 23), para. 159 et 160.

contingents ont des obligations différentes, notamment au regard de traités régionaux des droits de l'homme⁶⁶.

Il est vrai que la diversité des obligations juridiques peut donner lieu à de nombreux problèmes pratiques, voire créer une situation quelque peu incongrue, dans laquelle diverses personnes séjournant dans un même pays hôte seraient protégées par des obligations juridiques différentes. Cette considération, cependant, ne saurait remettre en question les règles de droit. Le principe juridique demeure : un État ne se libère pas de ses obligations en adhérant à des organisations internationales ni en fournissant des effectifs à des opérations multinationales. Dans la mesure où les États exercent un contrôle effectif en réalisant le transfert, ils doivent assumer les obligations qui découlent de ce contrôle. Cette position juridique n'est pas irréaliste, étant donné la pratique existante dans les opérations multinationales; bien au contraire, c'est une pratique courante des pays participant aux opérations multinationales que de respecter des règles supérieures au dénominateur commun, pour des raisons qui peuvent être juridiques ou stratégiques. Ainsi, les pays européens, ou les Nations Unies, s'abstiennent généralement de transférer des personnes vers un pays où elles pourraient encourir la peine de mort, même si d'autres nations sont susceptibles de le faire. Autre exemple : la décision du gouvernement canadien, préoccupé par le traitement réservé aux personnes transférées, de suspendre les transferts pendant un certain temps⁶⁷. Ceci étant, il est évidemment souhaitable, du point de vue des pays fournissant des contingents, d'appliquer une norme uniforme et clairement formulée, pour des raisons pratiques de cohérence.

Les résolutions du Conseil de sécurité au titre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies

Les opérations multinationales conduites au titre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies pourraient soulever une interrogation : les transferts réalisés dans ce cadre sont-ils régis, eux aussi, par le principe de non-refoulement et par les autres normes juridiques pertinentes ? Y aurait-il lieu de ne pas tenir compte des obligations découlant de ce principe dans les opérations menées avec l'autorisation du Conseil de sécurité ou déléguées par lui ?

On peut faire un parallèle avec les considérations de la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires *Behrami*. La Cour a jugé que :

la Convention ne saurait s'interpréter de manière à faire relever du contrôle de la Cour les actions et omissions des Parties contractantes couvertes par des résolutions du Conseil de sécurité et commises avant ou pendant de telles missions. Cela s'analyserait en une ingérence dans l'accomplissement

66 C'est semble-t-il cet argument qui sous-tend la décision rendue dans l'affaire *Behrami* (*op. cit.*, note 51), dans laquelle il a aussi été invoqué par des États (voir les para. 90, 101, 111 et 115); c'est aussi une considération importante dans l'affaire *Amnesty International Canada*, *op. cit.* (note 46), para. 274.

67 Voir, au sujet de la décision du Canada de suspendre ses transferts au gouvernement afghan, *Amnesty International Canada*, *op. cit.* (note 46), para. 61.

d'une mission essentielle de l'ONU dans ce domaine, voire (...) dans la conduite efficace de pareilles opérations⁶⁸.

Dans le même esprit, on a pu dire, au sujet des transferts au gouvernement afghan de personnes détenues par les contingents de la Force internationale d'assistance à la sécurité en Afghanistan, qu'« interpréter les obligations d'un État en matière de droits de l'homme comme interdisant le transfert de détenus faits prisonniers en Afghanistan et détenus dans le pays au gouvernement afghan reviendrait à contrecarrer les objectifs des résolutions instituant la Force internationale d'assistance à la sécurité en Afghanistan et définissant son mandat »⁶⁹.

Il est en effet largement admis, par la jurisprudence⁷⁰, mais aussi par les États⁷¹ et par certains auteurs⁷², que le Conseil de sécurité n'est pas lié par toutes les obligations de droit international, en dehors de celles découlant de

68 CEDH, affaire *Behrami*, *op. cit.* (note 51), para. 149.

69 Christopher Greenwood, *International Law Framework for the Treatment of Persons detained in Afghanistan by Canadian Forces*, rapport soumis à la Cour fédérale du Canada dans l'affaire *Amnesty International Canada*, *op. cit.* (note 46), para. 33 [notre traduction].

70 CIJ, *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. États-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, CIJ Recueil 1992, p. 114 (para. 39, p. 126), et *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*, mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, CIJ Recueil 1992, p. 3 (para. 42, p. 15); Tribunal de première instance des Communautés européennes, *Yassin Abdullah Kadi c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, arrêt du 25 septembre 2005, affaire T-315/01, *Journal officiel de l'Union européenne* N° C 281, p. 17, para. 181; *Ahmed Ali Yusuf et Al Barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, T-306/01, arrêt du 25 septembre 2005, *Journal officiel de l'Union européenne* N° C 281, p. 17, para. 233 et 234; CEDH, affaire *Behrami*, *op. cit.* (note 51), para. 149; House of Lords du Royaume-Uni, affaire *Al-Jedda*, *op. cit.* (note 54). Dans l'affaire *Al-Jedda*, toutefois, une majorité de Lords a considéré que l'article 5 de la Convention européenne sur les droits de l'homme n'était pas totalement supplanté par une résolution du Conseil de sécurité, mais plutôt limité par celle-ci (*Ibid.*, para. 39, 125, 126 et 136).

71 Voir, en particulier, l'argumentation des États dans l'affaire *Behrami*, *op. cit.* (note 51), para. 97 (Danemark), 102 (Estonie), 106 (Allemagne) et 113 (Royaume-Uni); argumentation du Royaume-Uni devant le Tribunal de première instance des Communautés européennes, affaire *Yassin Abdullah Kadi*, *op. cit.* (note 70), para. 177.

72 Jochen Frowein et Nico Krisch, « Commentary to Article 42 » dans B. Simma (éd.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Oxford University Press, 2^e édition, Oxford, 2002, para. 27; Marten Zwanenburg, « Existentialism in Iraq: Security Council Resolution 1483 and the law of occupation », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 86, N° 856, décembre 2004, p. 763; Steven R. Ratner, « Foreign occupation and international territorial administration: The challenges of convergence », *European Journal of International Law*, Vol. 16, 2005, p. 710. Un certain nombre d'auteurs défendent un point de vue plus nuancé et considèrent que le Conseil de sécurité doit être lié par certaines parties au moins de ces corpus juridiques: Marco Sassòli, « Legislation and maintenance of public order and civil life by occupying powers », *European Journal of International Law*, Vol. 16, 2005, p. 661 (p. 681, Sassòli affirme que toute dérogation au droit international humanitaire par le Conseil de sécurité doit être explicite); Robert Kolb (« Occupation in Iraq since 2003 and the powers of the Security Council », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 90, N° 869, mars 2008) fixe la limite aux règles « de nature fondamentalement humanitaire » (p. 33) [notre traduction]; Luigi Condorelli considère que le Conseil de sécurité est tenu de respecter intégralement le droit international humanitaire: « Le statut des Forces des Nations Unies et le droit international humanitaire », dans Claude Emanuelli (éd.), *Les Casques bleus: Policiers ou Combattants?*, Université d'Ottawa, Wilson & Lafleur, Montréal 1997, pp. 105-106.

la Charte des Nations Unies elle-même. Si une opération multinationale est conduite en application d'une résolution du Conseil de sécurité adoptée au titre du chapitre VII de la Charte, les obligations des États membres qui découlent de cette résolution peuvent l'emporter sur la plupart des obligations découlant du droit international, y compris le droit humanitaire et le droit relatif aux droits de l'homme, en vertu des articles 25 et 103 de la Charte⁷³. Ceci englobe en principe non seulement le droit des traités humanitaires et des droits de l'homme, comme semble l'indiquer le libellé de l'article 103, mais aussi le droit coutumier⁷⁴.

Il convient toutefois, dans l'analyse de l'effet juridique des résolutions adoptées en vertu du chapitre VII, de tenir compte de deux considérations.

Premièrement, les résolutions adoptées au titre du chapitre VII ne sauraient supplanter des normes obligatoires de droit international (*jus cogens*)⁷⁵. Si l'on ne peut considérer tous les aspects du principe de non-refoulement comme relevant du *jus cogens*, on peut cependant faire valoir que, dans la mesure au moins où le non-refoulement est inhérent à l'interdiction de la torture, il tombe sous la prohibition de la torture inscrite dans le *jus cogens*⁷⁶. D'aucuns, par ailleurs, voient dans la règle du non-refoulement en droit des réfugiés un principe de *jus cogens*⁷⁷.

Deuxièmement, s'il est clair que le Conseil de sécurité n'est pas entièrement lié par l'ensemble du droit international, il est aussi admis que comme l'encouragement du respect des droits de l'homme constitue l'un des buts et principes des Nations Unies⁷⁸, un mépris complet du droit relatif aux droits de l'homme et du droit humanitaire constituerait une violation de la Charte, car

73 Comme les articles 40 et 42 de la Charte évoquent des « mesures nécessaires », on peut penser que le Conseil de sécurité devrait être guidé par le principe de proportionnalité. Toutefois, la Charte laisse une telle marge d'appréciation au Conseil de sécurité dans l'exercice de ses prérogatives que seules des mesures qui seraient manifestement hors de proportion avec l'objectif visé seraient contraires à la Charte. Voir J. Frowein et N. Krisch, *op. cit.* (note 72), para. 30; R. Kolb, *op. cit.* (note 72), p. 35.

74 Rudolf Bernhard, « Commentary to Article 103 », dans B. Simma, *op. cit.* (note 72), para. 21.

75 Voir les articles 5, 53 et 64 de la Convention de Vienne sur le droit des traités; Tribunal de première instance des Communautés européennes, affaire *Yassin Abdullah Kadi*, *op. cit.* (note 70), para. 226 (on relèvera que la Cour européenne de justice semble avoir une vision assez large du contenu du *jus cogens* en ce qui concerne les obligations relatives aux droits de l'homme; voir les para. 231 et 282 de la même ordonnance); CIJ, Opinion individuelle de M. Lauterpacht dans l'affaire *relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro))*, mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, CIJ Recueil 1993, p. 3 (voir para. 100, p. 440); J. Frowein et N. Krisch, *op. cit.* (note 72), para. 29; R. Kolb, *op. cit.* (note 72), p. 35.

76 Voir HCR, *Note on Diplomatic Assurances*, août 2006, *op. cit.* (note 26), para. 16; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), *Le Procureur c. Anto Furundžija*, affaire N° IT-95-17/1, Chambre de première instance II, jugement du 10 décembre 1998, para. 144; il est à noter que le Tribunal de première instance des Communautés européennes semble accepter le fait que l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants relève du *jus cogens*: Tribunal de première instance, affaire *Yassin Abdullah Kadi*, *op. cit.* (note 70), para. 240.

77 HCR, Comité exécutif, *Conclusion N° 25 (XXXIII) « Conclusions générales »* (1982), para. b); *Conclusion N° 79 (XLVII) « Conclusion générale sur la protection internationale »* (1996), para. d); Déclaration de Carthagène sur les réfugiés, para. 5; Jean Allain, « The *jus cogens* nature of non-refoulement », *International Journal of Refugee Law*, Vol. 13, 2001, p. 533.

78 Paragraphe 3 de l'article 1 de la Charte.

le Conseil de sécurité est censé exercer ses pouvoirs conformément aux buts et principes des Nations Unies⁷⁹. De fait, le Conseil de sécurité a parfois conclu que des violations de ces corpus de droit constituaient des menaces à la paix et à la sécurité internationales, et il a dans de nombreuses résolutions appelé à leur respect⁸⁰.

Dans quelle mesure une résolution du Conseil de sécurité doit-elle être explicite ou dépourvue d'ambiguïté pour prévaloir sur le droit international ? La réponse est loin d'être claire. Ainsi, si le Conseil de sécurité devait explicitement ordonner des transferts de personnes vers le pays hôte, sans laisser de marge de manœuvre aux pays contribuant des effectifs, ces ordres pourraient supplanter le principe de non-refoulement, exception faite de sa dimension de *jus cogens*. Or les résolutions du Conseil de sécurité, fruit de compromis politiques, sont en général formulées dans des termes généraux. La plupart du temps, elles contiennent des expressions comme « prendre toutes les mesures nécessaires ». Même lorsqu'une résolution est rédigée de manière plus précise – à l'instar de la résolution 1546, qui autorise la Force multinationale en Irak à prendre des mesures d'internement « si nécessaire pour des raisons impératives de sécurité » –, rien ne dit comment ces mesures seront mises en œuvre. On doit donc considérer qu'en l'absence d'indication contraire, les États membres les exécuteront dans le respect du droit international en vigueur⁸¹. L'hypothèse inverse – à savoir que, dans le doute, le droit international pourrait être enfreint – serait en effet peu plausible.

Ainsi, lorsqu'une résolution du Conseil de sécurité autorise « toutes les mesures nécessaires », spécialement si c'est pour aider un pays hôte, ceci pourrait être interprété comme incluant non seulement le recours à la force, mais encore la détention ou l'internement, ainsi que les transferts au pays hôte. Toutefois, une telle résolution ne précise nullement quel cadre juridique régirait ce recours à la force ou ces mesures de détention ou de transfert. On doit présumer que ces mesures seraient mises en œuvre conformément au droit international, sauf indication contraire ou à moins que la formulation soit sans équivoque et ne puisse être interprétée de manière cohérente sans exiger des mesures qui prévalent sur le droit international en vigueur.

La Cour européenne de justice est allée encore plus loin, en considérant, dans le contexte des mesures prises en application des résolutions du Conseil de sécurité au titre du chapitre VII, que, en ce qui concerne les actes de la Communauté européenne, « le respect des droits de l'homme constitue

79 Paragraphe 2 de l'article 24 de la Charte; J. Frowein et N. Krisch, *op. cit.* (note 72), para. 28; R. Kolb, *op. cit.* (note 72), p. 35.

80 J. Frowein et N. Krisch, *op. cit.* (note 72), pp. 724-725, avec indication de références.

81 Le Conseil de sécurité s'est expressément référé à l'article 103 dans sa résolution 670, du 25 septembre 1990, dans laquelle il a rappelé « les dispositions de l'Article 103 de la Charte » et décidé « que tous les États, nonobstant l'existence de droits ou obligations conférés ou imposés par tout accord international (...) ». Le Conseil de sécurité a par la suite affirmé la primauté de ses décisions dans de nombreuses résolutions. Voir les références données par Jean-Marc Thouvenin, « Commentaire à l'article 103 », in Jean-Pierre Cot, Alain Pellet et Mathias Forteau (éd.), *La Charte des Nations Unies*, Economica, Paris, 3^e édition, 2005, p. 2144.

une condition de la légalité des actes communautaires (...) et que ne sauraient être admises dans la Communauté des mesures incompatibles avec le respect de ceux-ci »⁸². Ainsi, la législation communautaire exige que les mesures prises, même en vertu du chapitre VII, soient conformes au droit européen relatif aux droits de l'homme.

Inutile de dire que même si le Conseil de sécurité n'est pas tenu de respecter toutes les normes du droit humanitaire et du droit relatif aux droits de l'homme, les principes humanitaires et les droits de l'homme fondamentaux plaideraient fortement en faveur du respect de ces branches du droit dans la conduite des opérations mandatées par le Conseil de sécurité.

Le point de vue du CICR sur les interventions dans les opérations multinationales

Du point de vue du CICR, il faut insister sur le fait que l'attribution juridique n'est pas l'unique critère pertinent pour son dialogue humanitaire avec les autorités. Le CICR peut communiquer ses préoccupations touchant les transferts à plusieurs autorités, sans se limiter à celle qui est, en dernière analyse, juridiquement responsable au regard du droit international.

En cas de violation, le CICR effectue en principe d'abord des démarches dans le cadre d'un dialogue bilatéral confidentiel avec les autorités qui exercent un contrôle direct sur les personnes relevant de son mandat (par ex. l'autorité pénitentiaire), et, selon les cas et le type de violation, aux divers échelons de la hiérarchie⁸³. Dans son dialogue bilatéral confidentiel avec les parties aux conflits, le niveau des contacts pris par le CICR est fonction de l'espoir qu'il peut nourrir de prévenir des comportements illégaux ou préjudiciables ou de les faire cesser. Si, dans le contexte d'opérations multinationales, la responsabilité juridique appartient en définitive à une organisation internationale, le CICR pourrait, par exemple, engager un dialogue avec les autorités détentrices et les autorités responsables du transfert du pays fournissant des contingents, ainsi qu'avec les autorités de l'ONU ou de l'organisation régionale au nom de laquelle le pays exécute le transfert et à qui la décision de transfert est attribuable en dernière analyse.

Si ces démarches bilatérales confidentielles ne permettent pas d'améliorer la situation, le CICR peut, conformément aux principes et aux directives qui déterminent son action, recourir à la mobilisation humanitaire. Il agit, ce faisant, sur la base de l'article 1 commun aux quatre Conventions de Genève, qui fait obligation à tous les États de respecter et de faire respecter les Conventions. Il peut en pareil cas partager ses préoccupations au sujet de vio-

82 Cour européenne de justice [Grande Chambre], affaire *Yassin Abdullah Kadi c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, affaires jointes C-402/05 P et C-415/05 P, arrêt du 3 septembre 2008, para. 284.

83 « Les démarches du Comité international de la Croix-Rouge en cas de violations du droit international humanitaire ou d'autres règles fondamentales qui protègent la personne humaine en situation de violence », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 87, Sélection française 2005, p. 353.

lations du droit avec des gouvernements de pays tiers, des organisations internationales ou régionales, ou avec des personnalités en mesure d'appuyer ses démarches pour influencer le comportement des parties au conflit. Le CICR, cependant, n'entreprendra de telles démarches qu'auprès d'interlocuteurs dont il a toutes les raisons de penser qu'ils respecteront leur caractère confidentiel.

Les accords de transfert

Lorsque des personnes sont suspectées ou reconnues coupables d'actes criminels, et en particulier d'activités terroristes, les États souhaitent naturellement les éloigner de leur territoire. Comme leurs obligations en matière de non-refoulement peuvent faire obstacle à des mesures de déplacement, de nombreux États recourent à des accords avec les États de destination, par lesquels ces derniers fournissent des assurances quant au traitement des personnes transférées⁸⁴. Ces accords – qui peuvent revêtir des formes très diverses et être contraignants ou non – sont souvent appelés « assurances diplomatiques » ; ils sont destinés à faire en sorte que les personnes transférées soient traitées dans le respect des normes internationales.

84 Cette question a fait l'objet de larges débats : voir John B. Bellinger, conseiller juridique du Secrétaire d'État, audience devant la Sous-Commission sur les organisations internationales, les droits de l'homme et la supervision de la Commission des affaires étrangères de la Chambre des représentants des États-Unis, *Diplomatic Assurances and rendition to torture: the perspective of the State Department Legal Adviser*, 10 juin 2008, « Prepared Statement », p. 13; Kate Jones, « Deportations with assurances: Addressing key criticisms », *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 57, 2007, p. 183, avec des références supplémentaires sur les assurances offertes par le Royaume-Uni, p. 184; Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, Déclaration à l'occasion de la Journée internationale des droits de l'homme : « On Terrorists and torturers », 7 décembre 2005, disponible en ligne à l'adresse <http://www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/0/3B9B202D5A6DCDBCC12570D00034CF83?opendocument> (date d'accès : 20 octobre 2008); Rapport du Haut-Commissaire aux droits de l'homme : promotion et protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, doc. Nations Unies E/CN.4/2006/94, 16 février 2006, para. 9-10 et 18-20; Rapport du Rapporteur spécial sur la torture, *op. cit.* (note 7), para. 29 et 30; Commission des droits de l'homme, Rapport de l'expert indépendant sur la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, M. Robert K. Goldman, doc. Nations Unies E/CN.4/2005/103, 7 février 2005, para. 54-56. Voir aussi Comité des droits de l'homme, Observations finales – Yémen, doc. Nations Unies CCPR/CO/84/YEM, 9 août 2005, para. 13; Comité des droits de l'homme, Observations finales – Canada, *op. cit.* (note 30), para. 15; Comité des droits de l'homme, Observations finales – Royaume-Uni, doc. Nations Unies CCPR/C/GBR/CO/6, 30 juillet 2008, para. 12; Réponses à la liste des points (CCPR/C/GBR/Q/6) à traiter à l'occasion de l'examen du sixième rapport périodique du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (CCPR/C/GBR/6), doc. Nations Unies CCPR/C/GBR/Q/6/Add.1, 18 juin 2008, para. 84 à 97; Comité contre la torture, Conclusions et recommandations – Canada, *op. cit.* (note 30), para. 4 b) et 5 e); Comité contre la torture, Conclusions et recommandations – Royaume-Uni, *op. cit.* (note 5), para. 4 d); Human Rights Watch, *Empty Promises: Diplomatic Assurances no Safeguard against Torture*, avril 2004; Human Rights Watch, *Still at Risk, Diplomatic Assurances no Safeguard against Torture*, avril 2005; Center for Human Rights and Global Justice, NYU Law, *Torture by Proxy: International and Domestic Law applicable to « Extraordinary Renditions »*, 2004; Centre for Human Rights and Global Justice, NYU Law, *Beyond Guantanamo: Transfers to Torture One Year After Rasul v. Bush*, janvier 2005; Amnesty International, *Afghanistan. Des transferts vers la torture: avec la complicité de la FIAS?*, 13 novembre 2007, doc. ASA 11/011/2007.

Les États sont amenés à conclure des accords de ce type parce qu'ils ne peuvent détenir des personnes indéfiniment, ou parce que leur législation nationale ne les autorise pas à détenir des personnes pour des raisons de sécurité, ou encore parce qu'ils voient en elles une menace pour la sécurité nationale⁸⁵. Dans certains cas, les États trouvent des solutions de substitution, comme des transferts vers des pays tiers⁸⁶. Il n'est cependant pas aisé de trouver des pays disposés à accueillir les personnes concernées.

De la même manière, les accords de transfert deviennent une formule de plus en plus courante dans le cadre des opérations multinationales. En Afghanistan, par exemple, un certain nombre de membres de la Force internationale d'assistance à la sécurité ont conclu avec le gouvernement afghan des accords sur le transfert des détenus⁸⁷. L'une des raisons invoquées par ces États est qu'ils sont dans le pays pour épauler le gouvernement hôte, qui demeure responsable au premier chef du maintien de l'ordre, et qu'ils ne souhaitent pas empiéter sur sa souveraineté⁸⁸. Toujours en Afghanistan, par exemple, l'OTAN a pour politique de transférer ou de libérer les détenus, en principe, dans les 96 heures⁸⁹. Autre raison, d'ordre beaucoup plus pratique : il arrive que les États ou les organisations internationales n'aient aucune capacité de détenir des personnes, comme en Afghanistan, où quelques pays fournisseurs d'effectifs à la Force internationale ne disposent d'aucun lieu de détention. Ces considérations, cependant, pour importantes qu'elles soient dans la pratique, ne sauraient mettre en question la validité du principe de non-refoulement au regard du droit international. De toute évidence, si des États sont présents dans des situations de conflit armé, il est prévisible qu'ils auront à exercer un pouvoir effectif sur des personnes, auquel cas ils seront responsables de leur bien-être. Qui plus est, il est possible de procéder à des transferts de personnes entre pays contribuant des effectifs à une force multinationale, aussi longtemps que l'État à l'origine du transfert s'assure que l'État d'accueil ne violera pas les obligations qui sont les siennes en vertu du principe de non-refoulement, ni ses obligations plus larges au titre de l'article 12 de la III^e Convention de Genève et de l'article 45 de la IV^e Convention de Genève, en cas de conflit armé international.

85 C'est en effet une préoccupation dans certains régimes d'immigration. Voir Comité contre la torture, Observations finales – Australie, *op. cit.* (note 32), para. 11 b).

86 La recherche d'une admission régulière dans un pays tiers est explicitement prévue pour les réfugiés qui sont expulsés pour des raisons de sécurité; voir paragraphe 3 de l'article 32 de la Convention de 1951 relative aux réfugiés.

87 De tels accords de transfert ont été conclus, par exemple, entre le gouvernement de l'Afghanistan et les gouvernements du Canada, du Danemark, de la Norvège, des Pays-Bas et du Royaume-Uni, respectivement.

88 Voir l'argumentation du gouvernement canadien devant la Cour fédérale du Canada dans l'affaire *Amnesty International Canada*, *op. cit.* (note 46), para. 85. C'est la même considération qui sous-tend la décision de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Munaf et al. v. Green, Secretary of the Army et al.*, 12 juin 2008, pp. 17-23, dans laquelle des citoyens des États-Unis détenus par les forces américaines en Irak ont invoqué la procédure d'*habeas corpus* pour ne pas être transférés au système de la justice irakienne. Bien qu'elle ait rejeté la requête, la Cour suprême a paru se réserver le droit d'accueillir favorablement une demande d'*habeas corpus* à une personne qui courrait le risque d'être torturée (pp. 24-25); voir aussi C. Greenwood, *op. cit.* (note 69), para. 48 et 61.

89 FIAS (Force internationale d'assistance à la sécurité en Afghanistan), «Standard operating procedures: Detention of non-ISAF personnel», 31 août 2006, para. 7.

Il est cependant indéniable que les obligations découlant du principe de non-refoulement peuvent poser des problèmes considérables aux États qui se trouvent dans l'impossibilité de transférer des personnes vers leurs pays d'origine, mais qui ne disposent d'aucune structure pour les prendre en charge. Dans des situations de ce genre, des États ont parfois trouvé des solutions de remplacement comme la prolongation de la détention provisoire, la libération des individus qui ne représentent pas un risque grave (accompagnée de mesures de surveillances provisoires et de comparutions régulières devant les autorités gouvernementales), le transfert vers des pays tiers, ou des transferts limités à des établissements de détention spécifiques, où la personne n'encourt pas de risque, ou encore l'exclusion spécifique d'établissements de détention où elle encourrait un risque⁹⁰.

Les accords de transfert et les obligations internationales

Les accords de transfert prévoient souvent un mécanisme permettant de vérifier le respect de l'accord après le transfert. Ils peuvent, par exemple, contenir des clauses conférant aux autorités diplomatiques ou consulaires de l'État à l'origine du transfert – ou à des organes tels que les commissions nationales des droits de l'homme – le droit de rendre visite à la personne transférée.

Les accords de transfert ne libèrent pas, par eux-mêmes, un pays de ses obligations découlant du principe de non-refoulement, en particulier l'obligation de procéder à une évaluation individualisée pour savoir si la personne susceptible d'être transférée sera exposée à un risque de persécution, de mauvais traitement ou de privation arbitraire de la vie. La personne concernée doit pouvoir, dans le cadre de cette procédure, faire connaître ses motifs d'inquiétude⁹¹. Cette situation est comparable aux obligations contradictoires découlant, par exemple, du principe de non-refoulement et des traités d'extradition. Dans ces situations aussi, le principe de non-refoulement l'emporte sur l'obligation de transférer qui découle du traité d'extradition⁹². Comme indiqué plus haut, le principe de non-refoulement est absolu⁹³, et les États ne peuvent pas échapper à ses exigences en concluant d'autres arrangements.

Les éventuelles assurances diplomatiques reçues ne sont que l'un des nombreux facteurs qui peuvent être pris en considération pour évaluer si les

90 La CEDH a accepté ce type de solution dans l'affaire *Al-Moayad c. Allemagne*, requête N° 35865/03, décision du 20 février 2007, para. 65 à 72.

91 En ce qui concerne le droit relatif aux réfugiés, voir HCR, *Note on Diplomatic Assurances*, *op. cit.* (note 26), para. 27 et 36: le HCR considère que « les assurances diplomatiques ne devraient avoir aucun poids dans les cas où un réfugié bénéficiant de la protection du paragraphe 1 de l'article 33 de la Convention de 1951 est refoulé, directement ou indirectement, vers le pays d'origine ou d'ancienne résidence habituelle » (para. 30) [note traduction]; CEDH, affaire *Saadi*, *op. cit.* (note 30), para. 148; l'importance d'un examen individualisé des cas a été réaffirmé dans les termes les plus clairs par le Comité directeur pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *op. cit.* (note 33), qui a déclaré que « les assurances diplomatiques ne peuvent se substituer à une évaluation complète des risques », laquelle doit être réalisée « au cas par cas » (doc. DH-S-TER(2005)018, para. 8). Voir aussi l'affaire *Khouzam v. Attorney General of the United States*, *op. cit.* (note 31).

92 CEDH, affaire *Soering*, *op. cit.* (note 9), para. 86.

93 Sauf au regard du paragraphe 2 de l'article 33 de la Convention de 1951 relative aux réfugiés.

craintes d'une personne sont fondées, et dans quelle mesure⁹⁴. Pour déterminer le poids qu'il convient d'attribuer à un accord, l'organe d'examen devrait se fonder sur la position adoptée par divers organes des droits de l'homme et autres organismes, à savoir que :

dans les cas de transfert vers des États « où la pratique de la torture est systématique », il est fort peu probable que les assurances données suppriment le risque⁹⁵ ;

les assurances générales affirmant que l'État d'accueil respectera les normes internationales, non assorties d'assurances concernant directement la personne concernée, ne suppriment pas le risque pour cette personne⁹⁶ ;

les assurances diplomatiques peuvent supprimer le risque uniquement à condition d'être accompagnées d'un mécanisme indépendant et efficace de surveillance après le transfert⁹⁷.

Outre ces considérations juridiques, les accords de transfert visant à obtenir des assurances contre les mauvais traitements ou d'autres violations devraient dans tous les cas être utilisés avec circonspection. Sans aller jusqu'à affirmer, de manière générale, qu'ils ne sont jamais fiables – car les pressions

94 La question de savoir si le risque, et en particulier la réduction du risque par les assurances diplomatiques, pouvaient être examinés par un tribunal a été longuement débattue par la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles dans l'affaire *AS & DD (Libya) v. the Secretary of State for the Home Department*, *op. cit.* (note 36). La Cour a répondu par l'affirmative. La validité d'un accord de transfert a aussi fait l'objet d'une analyse détaillée dans : Special Immigration Appeals Commission, *Omar Othman v. Secretary of State for the Home Department*, SC/15/2005, 26 février 2007, para. 490-521. La CEDH a toujours examiné la fiabilité de ce type d'accord, comme dans les affaires *Chahal c. Royaume-Uni*, *op. cit.* (note 9), para. 105, et *Saadi c. Italie*, *op. cit.* (note 30), para. 147. En revanche, aux États-Unis, les tribunaux considèrent que l'exécutif est mieux placé pour évaluer le risque, comme l'a réaffirmé la Cour suprême dans l'affaire *Munaf et al. v. Green, Secretary of the Army et al.*, 12 juin 2008, p. 25. Le gouvernement ne produit pas devant les tribunaux les assurances diplomatiques qu'il a obtenues d'autres gouvernements : voir J. B. Bellinger, *op. cit.* (note 84), p. 17 ; selon Ashley Deeks, l'examen judiciaire devrait se limiter aux questions de procédure sans entrer en matière sur le fond : « Avoiding transfers to torture », Council on Foreign Relations Paper, CSR N° 35, juin 2008, p. 38.

95 Voir Rapport du Rapporteur spécial sur la torture, *op. cit.* (note 7), para. 37 ; Rapport du Rapporteur spécial sur la torture, doc. Nations Unies A/60/316, 30 août 2005, para. 51 ; Comité contre la torture, Conclusions et recommandations – États-Unis d'Amérique, *op. cit.* (note 32), para. 21 ; Comité des droits de l'homme, Observations finales – États-Unis d'Amérique, doc. Nations Unies CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, 18 décembre 2006, para. 16 ; Comité des droits de l'homme, Observations finales – Royaume-Uni, *op. cit.* (note 84), para. 12. Le critère de violations systématiques n'est pas étranger à l'évaluation des risques en matière de non-refoulement ; selon le paragraphe 2 de l'article 3 de la Convention contre la torture, il convient, pour déterminer s'il y a des motifs sérieux de croire qu'une personne risque d'être soumise à la torture, d'établir s'il existe, dans l'État intéressé, « un ensemble de violations systématiques des droits de l'homme, graves, flagrantes ou massives ».

96 CEDH, affaire *Saadi*, *op. cit.* (note 30), para. 147 ; de la même manière, le HCR affirme (*Note on Diplomatic Assurances*, *op. cit.* (note 26), para. 51), que « les assurances diplomatiques ne satisferaient au critère de validité que si elles pouvaient effectivement éliminer toute manifestation de persécution raisonnablement possible dans le cas individuel » [notre traduction].

97 Comité contre la torture, Conclusions et recommandations – Canada, doc. Nations Unies CAT/C/CR/34/CAN, 7 juillet 2005, para. 5 e) ; Conclusions et recommandations – États-Unis d'Amérique, *op. cit.* (note 32), para. 21 ; Conclusions et recommandations – Royaume-Uni, *op. cit.* (note 5), para. 4 d). On trouvera la réponse du Royaume-Uni à ces recommandations sous *Comments by the government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the conclusions and recommendations of the Committee against Torture*, UN Doc. CAT/C/GBR/CO/4/Add.1, 8 juin 2006, para. 49 à 69.

politiques et diplomatiques générées par certains cas peuvent, dans certaines circonstances et à condition d'être accompagnées par des mécanismes solides de surveillance après le transfert, protéger la personne transférée⁹⁸ –, l'expérience a montré dans certains cas que des assurances n'avaient pas été respectées⁹⁹.

La principale raison de ce manque de respect tient au fait qu'il est difficile dans la pratique de mettre en place un mécanisme de surveillance fiable et efficace. Dans une affaire, la Cour européenne des droits de l'homme, ayant reçu l'assurance, de la part d'un État demandant l'extradition, que le personnel de la Cour pourrait avoir accès aux personnes concernées, leva un arrêt qui interdisait l'extradition. Or, lorsque la Cour voulut effectivement avoir accès à ces personnes, cela lui fut refusé¹⁰⁰. Dans des affaires portées devant le Comité contre la torture, des mauvais traitements ont été attestés, en dépit des assurances données, qui prévoyaient un mécanisme de surveillance¹⁰¹. Le Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme ainsi que le rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture ont émis des avertissements contre le recours aux assurances diplomatiques, qu'ils considèrent comme des dispositions peu fiables et incapables, selon eux, de supprimer le risque de torture et d'autres formes de mauvais traitements¹⁰². Les assurances diplomatiques ont aussi été sévèrement critiquées par des organisations de défense des droits de l'homme¹⁰³.

De fait, lorsqu'ils recourent à des assurances diplomatiques, les États devraient être conscients du fait que s'il est aisé de déterminer si un État a respecté un engagement de ne pas prononcer ou appliquer la peine de mort, il est bien plus difficile de contrôler le respect d'un engagement de ne pas maltraiter des personnes privées de liberté, car le propre de la torture est de se dérouler « à huis clos », et de ne pas être officiellement reconnue. En outre, ces assurances ne peuvent permettre de suivre qu'un nombre très limité de personnes dans un lieu de détention particulier. Il peut donc être très difficile à ces

98 Comme l'affirme, par exemple, le Gouvernement du Royaume-Uni : Réponses à la liste des points (CCPR/C/GBR/Q/6) à traiter à l'occasion de l'examen du sixième rapport périodique du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (CCPR/C/GBR/6), *op. cit.* (note 84), para. 88; K. Jones, *op. cit.* (note 84), p. 187-188; J. B. Bellinger, *op. cit.* (note 84), p. 4; A. Deeks, *op. cit.* (note 94), p. 22.

99 Voir par exemple : Comité contre la torture, affaire *Agiza*, *op. cit.* (note 32); CEDH, affaire *Chamaïev et autres c. Géorgie et Russie*, arrêt du 12 avril 2005; voir aussi rapport révisé du Department of Homeland Security, Office of the Inspector General, dans l'affaire *Maher Arar* : « The removal of a Canadian citizen to Syria » OIG-08-08, mars 2008, pp. 5, 22 et 27.

100 CEDH, affaire *Chamaïev*, *op. cit.* (note 99).

101 Comité contre la torture, affaire *Agiza*, *op. cit.* (note 32).

102 Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, Déclaration à l'occasion de la Journée internationale des droits de l'homme : « On terrorists and torturers », *op. cit.* (note 84); Discours du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme devant la Chatham House et le British Institute of International and Comparative Law, 16 février 2006, disponible en ligne à l'adresse <http://www.biiicl.org/news/view/-/id/14/> (date d'accès : 21 octobre 2008); Rapport du Rapporteur spécial sur la torture, doc. Nations Unies A/60/316, 30 août 2005, para. 46. Voir aussi la décision de la Commission interaméricaine des droits de l'homme au sujet des mesures conservatoires pour les détenus à Guantánamo Bay, *op. cit.* (note 32), p. 10 et la résolution N°1/06 sur les mesures conservatoires à Guantánamo Bay, *op. cit.* (note 32), para. 4.

103 Amnesty International, *Les « assurances diplomatiques » ne protègent pas contre la torture et les mauvais traitements*, document de campagne ACT 40/021/2005, décembre 2005; Human Rights Watch, *Empty promises: Diplomatic assurances no safeguard against torture*, avril 2004.

personnes de signaler à l'instance de surveillance qu'elles ont subi de mauvais traitements, puisqu'elles risqueraient de subir des représailles pour avoir informé cette instance. Par ailleurs, les assurances ne peuvent être utiles que dans la mesure où les autorités maîtrisent réellement l'action des forces de sécurité, ce qui n'est pas toujours le cas. Enfin, au cas où des assurances diplomatiques ne seraient pas respectées, il faut se demander quelles sont les voies de recours pour les personnes concernées.

Le CICR et les accords de transfert

Tant par sa nature que par ses méthodes de travail, le CICR ne saurait agir en qualité d'organe de surveillance au titre des accords de transfert, et il ne souhaite pas être pris en considération ni cité à cet effet dans ces textes.

Premièrement, toute participation du CICR aux activités de surveillance après les transferts pourrait le faire percevoir comme « agence ou agent d'exécution » de l'État auteur du transfert, c'est-à-dire comme ayant été « mandaté » par cet État pour rendre visite aux détenus dans l'État d'accueil, mission qui serait incompatible avec sa neutralité et son indépendance, et qui compromettrait la manière dont sont perçus ces principes. Si le CICR devait agir comme un mécanisme de surveillance, cela pourrait compromettre d'éventuelles négociations ultérieures sur un accord avec l'État en question ou avec des pays tiers en matière d'activités liées à la détention. En outre, l'institution risquerait d'être utilisée par les États procédant à des transferts à leurs propres fins, par exemple s'ils prétendaient que tout danger de mauvais traitement est écarté grâce aux visites du CICR.

Deuxièmement, conformément à son droit de rendre visite aux personnes détenues dans des conflits armés internationaux¹⁰⁴ et de prendre toute initiative humanitaire dans des conflits armés non internationaux et d'autres situations de violence¹⁰⁵, le CICR effectue parfois des visites auprès de personnes qui ont fait l'objet d'un transfert, dans l'État d'accueil. Il se peut, par exemple, que le CICR visite déjà un lieu de détention vers lequel une personne est transférée, et qu'il ait, de ce fait, la possibilité d'entrer en contact avec cette personne. Cependant, il négociera ses possibilités d'accès ainsi que les conditions de ses visites indépendamment des accords éventuels conclus entre deux États. Pour assurer le respect des dispositions de droit international relatives aux détenus, le CICR noue le dialogue avec les autorités détentrices et le pays de détention. Ce dialogue est généralement confidentiel, ce qui fait que l'État d'origine du transfert ne connaîtra pas nécessairement les conclusions du CICR. Ce dernier pourra décider d'informer cet État, ou d'autres États, dans des cas où les violations persisteraient et où son dialogue confidentiel resterait sans effet, mais il prendra ces mesures conformément à ses propres directives

104 Article 126 de la III^e Convention de Genève; article 143 de la IV^e Convention de Genève.

105 Article 3 commun aux Conventions de Genève; article 5 des Statuts du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge.

internes¹⁰⁶, et non sur la base d'un accord entre le pays « d'origine » et le pays « destinataire » de l'opération de transfert.

Les responsabilités après le transfert

Lorsqu'un transfert est réalisé, c'est l'État d'accueil qui assume la responsabilité à l'égard de la personne transférée. L'État d'origine peut toutefois avoir lui aussi un certain nombre d'obligations à respecter après le transfert; elles peuvent découler d'obligations primaires au regard du droit international – en vertu par exemple du droit humanitaire – ou d'obligations secondaires, selon le droit relatif à la responsabilité des États, si le transfert s'est fait en violation du droit international. Il peut aussi y avoir des responsabilités qui découlent du devoir de faire respecter le droit international humanitaire et de s'abstenir de tout concours à des infractions.

Les responsabilités après un transfert au regard du droit international humanitaire

Le droit international humanitaire contient des dispositions spécifiques touchant les responsabilités après un transfert entre puissances alliées. L'article 12 de la III^e Convention de Genève dispose que :

[A]u cas où cette Puissance [la puissance de destination du transfert] manquerait à ses obligations d'exécuter les dispositions de la Convention, sur tout point important, la Puissance par laquelle les prisonniers de guerre ont été transférés doit, à la suite d'une notification de la Puissance protectrice, prendre des mesures efficaces pour remédier à la situation, ou demander que lui soient renvoyés les prisonniers de guerre. Il devra être satisfait à cette demande.

L'alinéa 3 de l'article 45 de la IV^e Convention de Genève impose des obligations identiques dans un conflit armé international en ce qui concerne les personnes protégées transférées entre puissances alliées.

En d'autres termes, si l'État auteur du transfert apprend que des détenus ont fait l'objet d'infractions graves aux Conventions de Genève, ou que leurs besoins fondamentaux ou les exigences relatives aux conditions de détention – logement, alimentation, hygiène ou travail – ne sont pas satisfaits, il doit prendre des mesures pour fournir une assistance directe¹⁰⁷. Le commentaire de ces dispositions précise que s'il est impossible de remédier à la situation (pour quelque raison que ce soit), « la Puissance auteur du transfert devra demander que les prisonniers lui soient renvoyés. La Puissance d'accueil ne peut en aucun cas refuser d'acquiescer à cette

106 Voir, au sujet des méthodes et des conditions fixées par le CICR pour son action, « Les démarches du Comité international de la Croix-Rouge en cas de violations du droit international humanitaire ou d'autres règles fondamentales qui protègent la personne humaine en situation de violence », *op. cit.* (note 83), p. 351.

107 J. Pictet, *op. cit.* (note 17), p. 148; J. Pictet, *op. cit.* (note 28), pp. 289-290.

demande qu'elle doit satisfaire dans les plus brefs délais»¹⁰⁸. Ainsi, le droit international humanitaire attribue d'importantes responsabilités à l'État auteur du transfert une fois celui-ci réalisé : il doit s'informer du traitement réservé aux personnes transférées et agir si ce traitement n'est pas satisfaisant ; ces mesures peuvent aller jusqu'à demander le retour des personnes concernées. Comme indiqué plus haut, les considérations humanitaires qui sous-tendent ces dispositions – c'est-à-dire la nécessité de veiller à ce que, dans les transferts entre puissances alliées, la puissance transférante continue à assumer la responsabilité du bien-être des détenus – devrait aussi être prise en considération en ce qui concerne les transferts entre puissances alliées dans un conflit armé non international.

En outre, comme nous l'avons déjà relevé, le paragraphe 4 de l'article 5 du Protocole additionnel II exige des États qui libèrent des détenus dans un conflit armé non international qu'ils prennent toutes les mesures nécessaires pour assurer leur sécurité.

Les responsabilités pour fait internationalement illicite

D'autres branches de droit international ne contiennent pas d'obligations similaires pour l'État qui est à l'origine du transfert. Toutefois, si un État transfère une personne en violant le principe de non-refoulement, il commet un acte internationalement illicite, qui entraîne en principe une obligation de réparer¹⁰⁹, y inclus une obligation de *restitutio in integrum*¹¹⁰, qui pourrait consister à autoriser la personne à regagner le territoire de l'État auteur du transfert. Les organes des droits de l'homme n'ont cependant pas été jusqu'à exiger le retour de la personne à l'État auteur du transfert, se contentant d'octroyer aux personnes illégalement transférées un droit à réparation. Plus récemment, le Comité contre la torture et le Comité des droits de l'homme ont recommandé que les États prennent des mesures pour s'enquérir du lieu de séjour et du bien-être des personnes transférées et pour veiller à ce qu'elles ne soient pas maltraitées¹¹¹. S'il est impossible de demander le retour d'une personne, le fait de s'enquérir de son bien-être et de prendre des mesures pour soulager les éventuelles souffrances peut aider à éviter ou à faire cesser des violations.

108 J. Pictet, *op. cit.* (note 17), p. 148.

109 Cour permanente internationale de justice, affaire relative à *L'Usine de Chorzów (demande en indemnité) (fond)*, (*Allemagne c. Pologne*), CPIJ, Série A, N° 17, arrêt du 13 septembre 1928, p. 28. Voir aussi l'article premier des projets d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, adoptés par la Commission du droit international des Nations Unies en 2001 : Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, doc. Nations Unies A/CN.4/L.602/Rev.1, 26 juillet 2001 ; Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, résolution 60/147 adoptée le 16 décembre 2005 par l'Assemblée générale des Nations Unies, doc. Nations Unies A/RES/60/147, 21 mars 2006.

110 Si la restitution n'est pas matériellement impossible ou n'impose pas une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui dériverait de la restitution plutôt que de l'indemnisation. Voir l'article 35 des projets d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *ibid.*

111 Comité des droits de l'homme, affaire *Chitat Ng, op. cit.* (note 8), para. 18 ; *Mansour Ahani, op. cit.* (note 32), para. 12 ; Comité contre la torture, *Brada c. France*, Communication N° 195/2002, doc. Nations Unies CAT/C/34/D/195/2002, 24 mai 2005, para. 15.

L'obligation de faire respecter le droit international humanitaire

Sur la base de l'article 1 commun aux Conventions de Genève, tous les États ont l'obligation non seulement de respecter, mais encore de faire respecter le droit international humanitaire. Il en découle une responsabilité pour tous les États – y compris ceux qui ne participent pas à un conflit armé déterminé – de prendre des mesures pratiques et appropriées afin de veiller à ce que les règles du droit humanitaire soient respectées par les parties à ce conflit¹¹². Il s'agit d'un engagement à encourager le respect de ce droit¹¹³, et d'un engagement à agir avec « toute la diligence due pour empêcher ces faits [violations du droit international humanitaire] de se produire ou pour assurer leur répression s'ils se sont produits »¹¹⁴.

Ainsi, tout État qui a connaissance de telles violations devrait prendre des mesures pour les faire cesser. Les États ont à leur disposition diverses méthodes, telles que des interventions diplomatiques bilatérales ou des mécanismes multilatéraux. Ces obligations sont particulièrement pertinentes dans des situations où des États ou des organisations internationales sont présents sur le territoire d'un autre État. Leurs troupes doivent non seulement s'abstenir de tout encouragement, aide ou assistance si elles sont témoin de violations du droit humanitaire par le pays hôte, mais en outre prendre toutes les mesures possibles (dans les limites de leur mandat et dans le respect du droit international général) pour dissuader l'État en question de commettre de tels actes. Si les États membres d'une organisation internationale sont parties à un conflit et agissent avec son autorisation ou sous son égide, l'organisation internationale devrait en cas de besoin intervenir pour veiller à ce qu'ils respectent le droit humanitaire.

Un certain nombre d'États et d'organisations internationales ont récemment choisi d'accorder aux pays hôtes un soutien accru pour renforcer leurs capacités de recevoir des personnes transférées dans des conditions de détention satisfaisantes et de les juger conformément aux normes internationales¹¹⁵. Ces États sont particulièrement bien placés pour faire respecter les normes de droit humanitaire par le pays hôte, et ils ont de ce fait une responsabilité particulière à cet égard.

112 CIJ, affaire du *Mur*, *op. cit.* (note 23), para. 158; Laurence Boisson de Chazournes et Luigi Condorelli, « Common Article 1 of the Geneva Conventions revisited: Protecting collective interests », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 82, N° 837, mars 2000, pp. 67 à 87.

113 Voir l'intervention de Claude Pilloud, du Comité international de la Croix-Rouge, à la conférence diplomatique de Genève de 1949, *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949*, Tome II, section B, compte rendu de la neuvième séance du Comité spécial de la Commission mixte, 25 mai 1949, p. 51; CICR, *Projet de Règles limitant les risques courus par la population civile en temps de guerre*, deuxième édition, Genève, 1958, p. 127; J. Pictet, *op. cit.* (note 17), p. 24.

114 Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann (éd.), *Commentaire des Protocoles additionnels*, CICR, Genève, 1986, commentaire de l'article 91 du Protocole additionnel I, para. 3660, p. 1084.

115 Voir K. Jones, *op. cit.* (note 84), p. 190.

La responsabilité pour acte illicite commis par un autre État

L'une des raisons des transferts peut être que les personnes concernées feront l'objet de procédures pénales dans l'État d'accueil. Il peut arriver que l'État auteur du transfert coopère avec l'État d'accueil pour ces procédures pénales, comme cela se produit souvent pour les procès liés à des affaires de terrorisme ou de crime organisé.

Dans des situations de ce type, l'État à l'origine du transfert pourrait, au cas où la procédure ne serait pas conforme aux normes internationales garantissant une procédure judiciaire équitable, être tenu internationalement responsable pour avoir délibérément concouru à la violation de l'obligation de respecter les règles d'un jugement équitable. Sur la base du droit et de la pratique internationaux¹¹⁶, il est admis qu'un État ne peut aider ni assister un autre État à commettre une infraction au droit international; la Cour internationale de justice voit là une règle de droit coutumier¹¹⁷. Ainsi, un État auteur d'un transfert qui aiderait un État d'accueil à réunir des éléments de preuve pour un procès inéquitable pourrait – selon l'étendue de l'assistance fournie – concourir à une violation du droit international s'il était conscient des particularités de l'affaire et si les éléments de preuve réunis étaient déterminants pour la procédure judiciaire.

Résumé

L'analyse présentée dans les pages qui précèdent avait pour objet de décrire le cadre juridique régissant tous les transferts de personnes. Si les obligations légales varient d'un traité à l'autre, le principe de base demeure : nul ne doit être transféré s'il existe des motifs sérieux de penser qu'il serait par là exposé à un risque de persécution, de torture, de traitement cruel, inhumain ou dégradant ou de privation arbitraire de la vie. Un organisme indépendant et impartial doit examiner la décision de transfert et déterminer s'il existe un risque.

Les questions juridiques et pratiques qui surgissent en matière de transferts dans le cadre des opérations multinationales à l'étranger commencent seulement à retenir l'attention. La véritable gageure consistera à trouver des solutions concrètes permettant de concilier les buts et objectifs de ces opérations

116 Voir James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, Cambridge 2002, p. 151, para. 7-9, avec références à la pratique des États. Le principe a été résumé dans l'article 16 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *op. cit.* (note 109), sous la forme suivante :

« L'État qui aide ou assiste un autre État dans la commission du fait internationalement illicite par ce dernier est internationalement responsable pour avoir agi de la sorte dans le cas où :

a) Ledit État agit ainsi en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite; et
b) Le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cet État. »

117 CJI, Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (*Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*), Arrêt du 26 février 2007, para. 420.

et les restrictions qui leur sont inhérentes en tant qu'opérations conduites à l'invitation du gouvernement hôte et souvent menées sous les auspices, voire sous le commandement et le contrôle, des Nations Unies. Ces solutions devront tenir compte des restrictions – en termes de capacités matérielles, mais aussi en termes de volonté politique – à la détention de personnes qui devraient, en principe, être détenues par le pays hôte, tout en respectant le principe de non-refoulement. Elles pourraient comprendre, entre autres, la prolongation de la détention provisoire, les transferts vers des pays tiers, les transferts vers des lieux spécifiques dépourvus de risque, et le contrôle – voire l'administration conjointe – de la détention, afin de contrôler la situation des personnes transférées.

Le CICR s'efforcera, dans toute la mesure possible, de rendre visite aux personnes concernées avant leur transfert, et il notifiera leurs éventuelles inquiétudes aux autorités responsables des transferts. Le CICR s'efforcera aussi fréquemment de visiter les personnes après leur transfert, mais sur la seule base de son propre droit d'initiative humanitaire et dans le cadre de son dialogue humanitaire avec les autorités compétentes, et en conduisant ces visites conformément à ses propres critères et conditions.

Le droit de l'occupation militaire à l'épreuve du droit des droits de l'homme

Danio Campanelli *

Danio Campanelli est chercheur à la Faculté de droit de l'Université de Genève et doctorant à l'Institut universitaire de droit international et des études sur le développement à Genève, Suisse

Résumé

Cet article donne un aperçu du débat consacré à la relation générale entre le droit des conflits armés et les droits de l'homme. L'auteur examine en particulier l'applicabilité du droit des droits de l'homme dans les situations d'occupation militaire. La complémentarité et la compatibilité des dispositions devraient être évaluées au cas par cas, en se fondant sur les règles constituant chacune de ces deux branches du droit et sur les exceptions qu'elles prévoient. Les différents intérêts et valeurs en jeu – intérêts des forces d'occupation et de la population civile, protection des droits de l'homme et dérogations nécessaires pour maintenir l'ordre – révèlent qu'il existe encore de nombreuses zones floues dans l'interaction entre le droit des droits de l'homme et le droit de l'occupation militaire.

⋮⋮⋮⋮⋮

Traditionnellement, le droit de la guerre a été considéré non seulement comme *lex specialis* par rapport au droit applicable en temps de paix, mais aussi comme étant le corps de règles *exclusivement* applicable pendant les conflits armés¹, toute autre règle étant considérée comme automatiquement suspendue.

* L'auteur souhaite adresser ses remerciements à M^{lle} Cynthia Winkelmann pour ses précieux conseils. Original français. La version anglaise de cet article a été publiée sous le titre «The law of military occupation put to the test of human rights law», *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N° 871, septembre 2008, pp. 653-668.

Comme le soulignait Jean Pictet en 1975, «humanitarian law is valid only in the case of armed conflict while human rights are essentially applicable in peacetime²». Cette séparation entre le droit de la guerre et le droit de la paix – et donc entre le droit des conflits armés et le droit des droits de l'homme – se base sur la dynamique *lex specialis-lex generalis*, d'après laquelle il y a une exclusion mutuelle selon la présence ou non d'un conflit armé. Cette séparation est aussi visible au niveau institutionnel, avec d'un côté les Nations Unies et un certain nombre d'organisations régionales spécialistes des droits de l'homme et de l'autre le Comité international de la Croix-Rouge spécialiste du droit humanitaire³.

Le développement spectaculaire que le droit des droits de l'homme a connu ces dernières décennies, avec son florilège d'instruments conventionnels, tant au niveau universel qu'au niveau régional, et la comparution d'un « noyau dur » de droits ayant une nature coutumière, voire de *ius cogens*, ne pouvait qu'exercer une influence sur le droit des conflits armés en général et sur le droit de l'occupation militaire en particulier, qui sont des régimes juridiques concernés par la protection de la personne.

La question de la redéfinition de la relation entre le droit de la guerre et les droits de l'homme s'est donc finalement posée, bien que plutôt tardivement et assez timidement. Encore en 2005, Ian Brownlie, en sa qualité de Rapporteur spécial de la Commission du droit international pour la question des effets des conflits armés sur les traités, constatait dans son premier rapport que «la doctrine s'intéresse très peu aux effets des conflits armés sur les traités pour la protection des droits de l'homme⁴». Fort heureusement, l'intérêt de la doctrine pour cette question cruciale est grandissant.

Au sein du débat général sur le rapport entre les droits de l'homme et les conflits armés, la question particulièrement intéressante de l'applicabilité des droits de l'homme en période d'occupation militaire se pose, en raison de sa nature particulière à mi-chemin entre guerre et paix. Celle-ci se caractérise par une reprise de la vie civile et par l'établissement d'un rapport juridique particulier entre l'armée d'occupation et la population civile du pays occupé. Dans notre contribution nous tâcherons alors de tracer brièvement les contours du débat concernant en général le rapport entre le droit des conflits armés et les droits de l'homme, pour ensuite nous pencher sur la question de l'applicabilité des droits de l'homme en période d'occupation militaire.

1 Voir Adam Roberts, «Transformative Military Occupation: Applying the Laws of War and Human Rights», *American Journal of International Law*, 2006, p. 589.

2 Jean Pictet, *Humanitarian Law and the Protection of War Victims*, Leiden/Genève, Sijthoff/Institut Henry Dunant, 1975, p. 15.

3 *Ibidem*.

4 Commission du droit international, Ian Brownlie, Rapporteur spécial, *Premier rapport sur les effets des conflits armés sur les traités*, doc. ONU A/CN.4/552, 21 avril 2005, p. 29.

Compatibilités et incompatibilités entre le droit des conflits armés et le droit des droits de l'homme

Le droit des conflits armés et le droit des droits de l'homme ne se sont pas formés *ex nihilo*. Ils ont tous deux jailli, dès leur naissance, des mêmes exigences métajuridiques : la promotion du respect de la personne humaine et de sa dignité, afin de les mettre à l'abri de tout abus de la part des acteurs étatiques. De plus, les codifications que ces deux branches du droit international ont connues à la fin des années 1940 ont été animées par une seule et même volonté de surmonter les expériences fascistes de la première moitié du XX^e siècle qui, avant et pendant la Deuxième Guerre mondiale, avaient largement bafoué les droits de plusieurs catégories de personnes⁵.

Les efforts de la Communauté internationale ont ainsi pu produire d'un côté la Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1948 et considérée aujourd'hui comme un texte portant codification des droits fondamentaux de l'homme et, de l'autre, les quatre Conventions de Genève de 1949, dédiées à la protection de certaines catégories de personnes pendant les conflits armés.

Si la Déclaration universelle ne s'occupe pas d'établir un pont entre les droits de l'homme et le droit de la guerre, les travaux préparatoires des quatre Conventions de Genève de 1949⁶ démontrent que les négociateurs étaient conscients du problème de la relation entre ces deux régimes juridiques. Un certain nombre de délégués avaient avancé des propositions, afin de clarifier la relation entre la Déclaration universelle et les Conventions de Genève, mais elles n'ont pas été retenues⁷. Il en a résulté que ces deux corps de règles ont continué à croître suivant deux rails parallèles qui n'étaient pas destinés à se rencontrer. La majorité des auteurs de la doctrine, qui se sont exprimés sur la question de l'applicabilité des droits de l'homme en temps de guerre, ont prédiqué, pendant plusieurs décennies, la séparation entre les deux régimes et donc l'inapplicabilité des droits de l'homme en temps de conflit⁸. Il est donc intéressant de remarquer ce qui pourrait paraître presque un paradoxe : malgré le fait qu'ils aient les mêmes origines, les droits de l'homme et le droit de la guerre n'ont pas pu être harmonisés pendant plusieurs décennies.

5 Comme le Comité international de la Croix-Rouge l'écrit, «dès 1945, à l'issue d'une guerre sans précédents, s'est présentée la tâche, d'une ampleur considérable, de développer et de perfectionner les normes du droit des gens dans le domaine humanitaire, à la lumière des expériences faites pendant le conflit» (note préliminaire à la publication des Conventions de Genève du 12 août 1949, Genève, CICR Publications, p. 2). Voir aussi Adam Roberts, *supra* note 1, p. 590.

6 Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949, Genève, CICR, 1949.

7 Sur ce point, voir Robert Kolb, «The relationship between international humanitarian law and human rights law: A brief history of the 1948 Universal Declaration of Human Rights and the 1949 Geneva Conventions», *International Review of the Red Cross*, N° 324, 1998, pp. 409-419.

8 Voir par exemple Yoram Dinstein, «Human rights in Armed Conflict: International Humanitarian Law», in Theodore Meron (éd.), *Human Rights in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 1985, pp. 345 ss.; Jean Pictet, *supra* note 2.

Aujourd'hui, il est admis en doctrine que, de part sa nature de *lex generalis*, le droit des droits de l'homme est applicable en tout temps, aussi bien en temps de paix qu'en temps de guerre. Il s'agit d'un corps de règles relativement récent, qui se veut général et universel et qui se caractérise par une spécificité importante, à savoir la nature « verticale » des rapports juridiques avec, d'un côté, l'État et de l'autre les personnes soumises à sa juridiction. Cette spécificité est un phénomène unique dans un système international régi par des règles de nature éminemment inter-étatique (et donc « horizontale »). Ainsi, en tant que droit général, le droit des droits de l'homme ne peut pas prévaloir sur des normes spéciales, comme par exemple celles sur le traitement des civils en temps de conflit armé. De plus, en tant que droit vertical, il s'impose difficilement dans les relations entre les États et des individus autres que leurs propres ressortissants, à moins qu'il n'y ait un lien juridique clair entre les deux, comme dans le cas d'un rapport entre un belligérant et la population civile de l'État ennemi.

Le droit des conflits armés, quant à lui, de par sa nature de droit « spécialisé », n'est pas facilement intégrable avec le droit des droits de l'homme. Il faut tout d'abord remarquer que le droit des conflits armés, au moment même de la naissance du droit des droits de l'homme, s'est doté, avec les Conventions de Genève de 1949 et leurs deux Protocoles additionnels de 1977, d'une série bien nourrie de règles concernant la protection de certaines catégories de personnes. Le fait que le droit de la guerre a été l'objet de plusieurs vagues de codification spécialement dédiées à ce sujet (La Haye en 1907 et Genève en 1949 et 1977) témoigne, de plus, que les États ont toujours voulu un corps de règles séparé pour régler les conflits armés et, cela, à la fois en matière de rapports entre les États parties au conflit et en matière de protection des victimes des conflits⁹. Autrement dit, le droit de la guerre s'est configuré traditionnellement comme un régime juridique voulant prendre en compte toute la panoplie des situations que l'on peut envisager pendant un conflit armé, y compris certaines situations déjà parfaitement qualifiables à travers le droit de la paix, comme par exemple la sauvegarde des droits des civils.

Ainsi, la *lex specialis* du droit des conflits armés contient des normes qui peuvent rendre impossible l'application de certaines normes protégeant les droits de l'homme. En effet, là où le droit de la guerre s'occupe des civils, en réglementant la situation de façon incompatible avec le régime prévu pour les mêmes situations par le droit des droits de l'homme, ce conflit de normes se résout en faveur de la règle spéciale du droit des conflits armés. La nature spéciale du droit des conflits armés permet donc à ce dernier de déroger aux normes générales, telles celles du droit des droits de l'homme.

Néanmoins, s'il est vrai que le droit des conflits armés s'applique prioritairement pendant les conflits en raison de sa nature de *lex specialis*, il est aussi vrai que les règles sur la protection des droits de l'homme – *leges generales* – peuvent continuer à trouver application pendant un conflit, à certaines conditions :

9 Dietrich Schindler, « The International Committee of the Red Cross and human rights », *International Review of the Red Cross*, N° 208, février 1979, p. 14.

primo, leur application doit être possible *personae* et, s'il s'agit de normes de type conventionnel, *ratione loci*; *secundo*, elles ne doivent pas être en conflit avec une norme spéciale du droit des conflits armés; et *tertio*, elles ne doivent pas contenir de clauses déroatoires en cas de guerre, de danger public exceptionnel ou autre cas de figure similaire qui en exclurait l'applicabilité pendant un conflit armé.

Qui plus est, le principe de l'universalité des droits de l'homme, couplé au principe d'humanité – dont la formulation en droit international humanitaire est celle de la clause de Martens – encouragent une lecture selon laquelle le droit humanitaire, au lieu d'être une alternative au droit de la paix, serait à voir, désormais, comme une simple exception à une pleine application de ce dernier¹⁰.

La Convention européenne des droits de l'homme et la Convention américaine des droits de l'homme prévoient expressément la possibilité de déroations en cas de guerre¹¹. Le Pacte sur les droits civils et politiques s'exprime en termes de « danger public exceptionnel¹² », ce qui, d'après la doctrine, recoupe aussi le contexte de la guerre et de l'occupation militaire¹³. Toutes ces dispositions, rendant possible la restriction de certains droits humains en période de guerre ou de danger public exceptionnel, doivent être vues comme des mécanismes d'adaptation de chacun de ces textes à des situations d'urgence comme la guerre ou l'occupation militaire. L'existence de pareils mécanismes d'adaptation, en effet, perdrait sa raison d'être si on postulait l'inapplicabilité de ces conventions en temps de conflit armé¹⁴. Néanmoins, le fait que certains instruments de sauvegarde des droits de l'homme ne contiennent pas de clauses déroatoires – tel est le cas, par exemple, de la Déclaration universelle des droits de l'homme et du Pacte de 1966 sur les droits économiques, sociaux et culturels – ne doit pas nécessairement être interprété comme impliquant la suspension automatique de ces traités en cas de conflit armé¹⁵. En règle générale, l'application des dispositions sur le conflit entre normes spéciales et normes générales devrait permettre de déterminer l'étendue de l'applicabilité de ces instruments en cas de conflit armé.

Le Protocole I de 1977 additionnel aux quatre Conventions de Genève, quant à lui, à son article 72, spécifie que les dispositions de la section III du Protocole (intitulée « Traitement des personnes au pouvoir d'une partie au conflit »), complètent non seulement la quatrième Convention de Genève, mais aussi « les autres normes applicables du droit international qui régissent la

10 Orna Ben-Naftali et Yuval Shany, « Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories », *Israel Law Review*, 2003-2004, p. 42.

11 Article 15, para. 1, de la Convention européenne et Art. 27 de la Convention américaine.

12 Art. 4, para. 1.

13 Ben-Naftali et Shany, *supra* note 10, p. 50. Voir, en particulier, les *Observations finales du Comité des droits de l'homme: Israël*, UN Doc. CCPR/CO/78/ISR (2003), 5 août 2003, para. 11.

14 Eyal Benvenisti, « The Applicability of Human Rights Conventions to Israel and to the Occupied Territories », *Israel Law Review*, 1992, p. 29.

15 Ben-Naftali et Shany, *supra* note 10, p. 49.

protection des droits fondamentaux de l'homme pendant un conflit armé de caractère international¹⁶ ».

En partant de ces observations, il est important de souligner que le droit des droits de l'homme en tant que régime juridique n'est pas *a priori* incompatible avec le droit des conflits armés. Il n'existe aucun principe absolu interdisant à toutes les normes qui constituent le droit des droits de l'homme, sans exceptions et quel qu'en soit leur contenu, d'exercer leurs effets juridiques pendant les conflits armés du simple fait de leur appartenance à ce régime juridique. Il existe par contre des cas d'inapplicabilité de *certaines* normes du droit des droits de l'homme lors d'un conflit armé, puisque en conflit avec des normes – spéciales – du droit humanitaire. Il en découle que, contrairement aux positions de certains auteurs, la question de la compatibilité entre le droit des droits de l'homme et le droit de la guerre n'est pas à poser en termes de compatibilité entre régimes juridiques, mais elle doit être évaluée au cas par cas, au niveau des normes qui composent chacun de ces régimes et des éventuelles exceptions qu'elles intègrent¹⁷.

La pratique en matière d'applicabilité du droit des droits de l'homme pendant les conflits armés

L'idée selon laquelle les droits de l'homme sont en général applicables pendant les conflits a pu se creuser un chemin surtout grâce aux prises de position des Nations Unies en la matière. La pratique constante de l'Organisation a confirmé, à maintes reprises, l'applicabilité des droits de l'homme pendant les conflits armés et en cas d'occupation militaire¹⁸. L'Assemblée générale des Nations Unies, en particulier, a inscrit la question « Respect des droits de l'homme en période de conflit armé » à son ordre du jour pendant plusieurs années de suite – à savoir de 1968 à 1977. La relation étroite qui existe entre les droits de l'homme et le droit de la guerre a été mise en évidence par l'Assemblée générale qui, dans sa résolution 2853 (XXVI), a affirmé que « la protection efficace des droits de l'homme dans des situations de conflit armé dépend essentiellement du respect universel des règles humanitaires¹⁹ ».

16 Roberts, *supra* note 1, p. 591.

17 Pour de plus amples développements sur la relation entre les droits de l'homme et le droit humanitaire, qui ne peuvent pas être abordés dans le présent écrit, voir Marco Sassòli, « Le droit international humanitaire, une *lex specialis* par rapport aux droits humains? », dans Andreas Auer, Alexandre Flückiger, Michel Hottelier (eds.), *Les droits de l'homme et la Constitution – Etudes en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni*, Schulthess, Genève, 2007, pp. 375-395; « La Cour européenne des droits de l'homme et les conflits armés », dans Stephan Breitenmoser et al. (eds.), *Droits de l'homme, démocratie et État de droit – Liber amicorum Luzius Wildhaber*, Editeurs Nomos, Baden-Baden, 2007, pp. 709-731; Cordula Droege, « The interplay between international humanitarian law and international human rights law in situations of armed conflict », *Israel Law Review*, 2007, pp. 310-355.

18 Voir à ce propos les Résolutions 2444 (1968), 2674 (1970), 2852 (1971), 2853 (1971), 3032 (1972), 3102 (1973), 3319 (1974), 3500 (1975), 31/19 (1976) et 32/44 (1977) de l'Assemblée générale; les résolutions 1265 (1999) et 1296 (2000) du Conseil de sécurité et les rapports du Secrétaire général 957 (1999) et 740 (2005).

19 Résolution 2853 (1971), doc. ONU A/RES/2853 (XXVI), quatrième considérant du préambule.

Toutefois, l'Assemblée générale était préoccupée surtout de l'insuffisance des règles du droit humanitaire en matière de protection des droits de l'homme²⁰, ce qui l'a poussée à souligner la nécessité de « réaffirmer et développer les règles pertinentes, ainsi que de prendre d'autres mesures pour améliorer la protection des populations civiles pendant les conflits armés [...] »²¹, ainsi que « de diffuser largement des renseignements et d'organiser un enseignement sur les droits de l'homme en période de conflit armé et de prendre toutes les mesures nécessaires pour que [les] forces armées respectent pleinement les règles humanitaires applicables en période de conflit armé »²².

À partir de 1977, la question n'a plus été inscrite à l'ordre du jour de l'Assemblée. En effet, à ce moment là, l'adoption des deux Protocoles additionnels aux quatre Conventions de Genève a été jugée par l'Assemblée comme une mesure suffisante pour résoudre les problèmes liés à la protection des droits de l'homme pendant les conflits armés.

La question a cependant été reprise depuis 1999 par le Conseil de sécurité, qui a adopté une série de résolutions qui ne font plus référence au « respect des droits de l'homme en période de conflit armé », mais plutôt à la « protection des civils en période de conflit armé ». L'approche du Conseil, bien que différente de celle de l'Assemblée du point de vue terminologique, semble aller dans le même sens que des résolutions de l'organe plénier, à l'exception du fait que le Conseil s'est concentré sur les souffrances de la population civile, sans se soucier de celles des combattants et des soldats malades ou blessés, qui figuraient dans les actes de l'Assemblée. Dans ses résolutions, le Conseil demande « à toutes les parties concernées de s'acquitter strictement des obligations qu'elles ont contractées en vertu du droit international humanitaire et du droit relatif aux droits de l'homme et aux réfugiés »²³ et « qu'il importe d'assurer le respect des dispositions pertinentes du droit international humanitaire et du droit relatif aux droits de l'homme et aux réfugiés »²⁴. Il demande en outre aux États qui ne l'ont pas encore fait « d'envisager de ratifier les instruments internationaux relatifs au droit international humanitaire, aux droits de l'homme et au droit des réfugiés »²⁵. Le Conseil a de plus souligné, dès le début de l'occupation américano-britannique de l'Irak en 2003-2004, l'importance du droit international humanitaire et du droit des droits de l'homme²⁶.

20 « Reconnaissant que les règles humanitaires existantes relatives aux conflits armés ne répondent pas à tous égards aux besoins des situations de l'époque actuelle et qu'il est en conséquence indispensable de renforcer les procédures d'application de ces règles et d'en développer le contenu », *ibidem*, cinquième considérant du préambule. Voir aussi le troisième considérant du préambule de la Résolution 3032 (1972), doc. ONU A/RES/3032 (XXVII), ainsi que le premier considérant des Résolutions 3319 (1974) (doc. ONU A/RES/3319 (XXIX)), 3500 (1975) (doc. ONU A/RES/3500 (XXX)) et 31/19 (1976) (doc. ONU A/RES/31/19 (1976)).

21 Résolution 2852 (1971), doc. ONU A/RES/2852 (XXVI), paragraphe 3 (b).

22 *Ibidem*, paragraphe 6.

23 Résolution 1265 (1999), doc. ONU S/RES/1265 (1999), paragraphe 4.

24 Résolution 1296 (2000), doc. ONU S/RES/1296 (2000), paragraphe 19.

25 Voir les résolutions 1265 (supra note 23), paragraphe 4 et 1674 (doc. ONU S/RES/1674 (2006)), paragraphe 9.

26 Voir les résolutions 1483 (doc. ONU S/RES/1483 (2003)) et 1546 (doc. ONU S7RES/1546 (2004)).

Le Secrétaire général a produit plusieurs rapports sur la protection des civils pendant les conflits armés. Dans le rapport du 8 septembre 1999, il est affirmé que « le droit international humanitaire fixe les règles à respecter par les parties à un conflit armé concernant le traitement des civils et autres personnes protégées. [...] Il existe également des règles juridiques relevant du droit international relatif aux droits de l'homme, auxquelles il ne peut y avoir aucune dérogation ou dont l'application ne peut être suspendue en cas de situation d'exception²⁷ ». Le respect à la fois du droit humanitaire, du droit des droits de l'homme et du droit des réfugiés, a été considéré par le Secrétaire général comme l'une des solutions les plus efficaces afin de garantir une meilleure protection des civils pendant les conflits armés²⁸.

Enfin, la Cour internationale de Justice a admis l'applicabilité du droit des droits de l'homme en cas de conflit armé, même dans la situation limite où une arme nucléaire serait employée. En particulier, selon la Cour, « la protection offerte par le pacte international relatif aux droits civils et politiques ne cesse pas en temps de guerre »²⁹. La Cour a également réitéré cette affirmation dans l'*Affaire des activités armées sur le territoire du Congo*³⁰.

Le droit de l'occupation militaire et le droit des droits de l'homme

Pour venir maintenant à la situation d'occupation militaire, il convient d'ores et déjà de tracer une distinction entre cette dernière et la situation de conflit armé. La situation d'occupation militaire diffère par rapport à celle du conflit armé à maints égards : l'occupant contrôle le territoire occupé, il n'y a pas d'opérations militaires majeures dans la zone occupée et un minimum d'ordre et de sécurité ont été rétablis, rendant possible une certaine reprise de la vie civile. Le fait que l'occupant ait un contrôle du territoire occupé en mesure de s'exercer – *condicio sine qua non* de l'existence d'une occupation et élément typique de la définition qu'on trouve à l'art. 42 du Règlement de La Haye – favorise la tâche de l'occupant de prendre en charge la stabilité du territoire occupé, une tâche qu'il peut accomplir grâce aux pouvoirs administratifs et gouvernementaux que le droit de l'occupation lui confère. Autrement dit, le droit de l'occupation demande à l'occupant de prendre en compte certaines exigences de la population soumise à occupation, tout en lui fournissant les outils juridiques indispensables pour ce faire³¹.

27 Doc. ONU S/1999/957, paragraphe 3.

28 *Ibidem*, paragraphe 35.

29 Cour internationale de Justice, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, 8 juillet 1996, *Recueil CIJ*, 1996, p. 240, paragraphe 25.

30 Cour internationale de Justice, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo* (Congo c. Ouganda), 19 décembre 2005, *Recueil CIJ*, 2005, p. 69, paragraphe 216.

31 Sur ce point, voir Yoram Dinstein, «The International Law of Belligerent Occupation and Human Rights», *Israel Yearbook on Human Rights*, 1978, p. 112.

De ce point de vue, le droit de l'occupation s'apparente en quelque sorte au droit de la paix, tout en restant une branche du droit de la guerre. Le conflit armé entre l'occupant et l'occupé n'est en effet pas terminé, ce qui rend en définitive l'occupation militaire une situation intermédiaire entre guerre et paix³². Le droit de l'occupation militaire reflète cette nature double de l'occupation. La preuve en est le fait qu'il est constitué de normes qui s'inspirent à la fois de règles du droit de la guerre et de règles du droit de la paix. En effet, les normes qui composent le droit de l'occupation militaire ont été dictées par la nécessité de réglementer deux types de rapports : celui inter-étatique existant entre l'État occupant et l'État occupé – un rapport horizontal caractérisé par l'existence d'un conflit armé et qui donc reste régi par des normes typiques du droit de la guerre – et celui intra-étatique qui existe entre l'État occupant et la population civile de l'État occupé – un rapport vertical moins marqué par le conflit armé en cours et qui donc se caractérise par des normes qui s'inspirent des principes valables en temps de paix. Ce deuxième aspect du droit de l'occupation militaire constitue un point de contact entre ce régime juridique et le droit des droits de l'homme. À ce point commun s'en ajoute un autre, celui de la finalité de protection de la dignité humaine, que les deux régimes juridiques partagent. De ces simples faits, les deux régimes se présentent, au moins sur le papier, comme ayant des natures compatibles et à même d'être coordonnées, afin de garantir une meilleure protection des droits de la population soumise à occupation. Il est donc question d'examiner jusqu'où nous pouvons pousser cette compatibilité, en prenant en compte d'un côté la nature et les spécificités structurelles de chacun de ces deux régimes juridiques et, de l'autre, leurs incompatibilités.

L'applicabilité du droit des droits de l'homme en cas d'occupation militaire

En termes généraux, l'applicabilité du droit des droits de l'homme en cas d'occupation militaire a été affirmée à plusieurs reprises dans la pratique et en jurisprudence³³. Comme l'observe un auteur, «there is no *a priori* reason why

32 Philippe Burrin, «Entre guerre et paix : l'occupation militaire», dans Michel Porret, Jean-François Fayet et Carine Fluckiger (dir.), *Guerres et paix – Mélanges offerts à Jean-Claude Favez*, Genève, Georg, 2000, pp. 257-266.

33 La Cour européenne des droits de l'homme est allée dans ce sens en deux occasions, à savoir lors de l'affaire *Loizidou c. Turquie*, en 1996, et à l'occasion de l'affaire *Chypre c. Turquie*, en 2001. De même, la Cour internationale de Justice a affirmé, dans son avis consultatif du 9 juillet 2004 sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (Recueil CIJ, 2004, pp. 178-180, paragraphes 107-112), l'applicabilité du Pacte relatif aux droits civils et politiques dans le territoire palestinien occupé. Voir aussi les *Observations finales du Comité des droits de l'homme : Israël*, du 18 août 1998, doc. ONU CCPR/C/79/Add.93, paragraphe 10, disponible sur : [http://193.194.138.190/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.79.Add.93.Fr?OpenDocument](http://193.194.138.190/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.79.Add.93.Fr?OpenDocument) (dernière consultation le 3 novembre 2008) et celle du 21 août 2003, doc. ONU CCPR/CO/78/ISR, paragraphe 11, disponible sur : [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.CO.78.ISR.Fr?OpenDocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.CO.78.ISR.Fr?OpenDocument) (dernière consultation le 3 novembre 2008). Enfin, il est à remarquer qu'un certain nombre de manuels militaires récents – parmi lesquels le manuel militaire britannique de 2004 – contiennent des références concernant le respect des droits de l'homme pendant l'occupation militaire, voir UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 282, paragraphe 11.19.

multilateral conventions on matters [other than occupation] should not be applicable to occupied territories³⁴», ce qui vaut aussi pour les conventions de sauvegarde des droits de l'homme. Toutefois, il ne s'agit pas de supplanter le droit de l'occupation par le droit des droits de l'homme. Étant donné que le droit de l'occupation militaire est un droit spécialisé, il est compréhensible qu'il soit souvent en mesure de fournir une meilleure protection aux intérêts de la population civile dans la situation particulière de l'occupation militaire³⁵. Cela est vrai, par exemple, en matière de protection de la propriété privée, un droit humain génériquement dérogeable d'après le droit des droits de l'homme et dont le régime spécial applicable en temps d'occupation est défini par le droit de l'occupation³⁶.

On a déjà remarqué plus haut que certaines conventions sur la protection des droits de l'homme, comme le Pacte relatif aux droits civils et politiques, la Convention européenne des droits de l'homme et la Convention américaine des droits de l'homme, du fait qu'elles prévoient la possibilité de restreindre certains droits humains en période de guerre et/ou de danger public exceptionnel, sont applicables pendant un conflit armé ou une occupation militaire³⁷. On a aussi observé que l'étendue de l'applicabilité de certains instruments, ne prévoyant pas de dérogations en cas de conflit ou de tout autre danger public exceptionnel – comme le Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels – est à déterminer en fonction de l'existence de normes spéciales du droit de la guerre ou du droit de l'occupation militaire éventuellement en conflit avec les dispositions de ces instruments.

La Déclaration universelle des droits de l'homme mérite, quant à elle, un discours à part, puisque d'un côté elle ne prévoit pas de disposition sur la possibilité de dérogation dans des cas d'urgence, et de l'autre elle ajoute, à son article 2, paragraphe 2, un élément d'intérêt pour la situation d'occupation militaire :

2. [...] *Il ne sera fait aucune distinction fondée sur le statut politique, juridique ou international du pays ou du territoire dont une personne est ressortissante, que ce pays ou territoire soit indépendant, sous tutelle, non autonome ou soumis à une limitation quelconque de souveraineté*³⁸.

La référence à «une limitation quelconque de souveraineté» pourrait être interprétée dans le sens de prendre en compte la situation d'occupation militaire. Dans ce cas, la Déclaration universelle serait applicable à la situation d'occupation militaire, qui se caractérise justement par une limitation importante de la souveraineté de l'État occupé.

34 Adam Roberts, *supra* note 1, p. 589.

35 Michael Dennis, « Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation », *American Journal of International Law*, 2005, p. 139; Adam Roberts, *ibid*, p. 600.

36 Voir à ce propos les articles 46, 47 et 52 du Règlement de La Haye.

37 Voir *supra*, le texte accompagnant les notes 10 à 12.

38 Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948, Résolution 217 A (III) de l'Assemblée générale des Nations Unies, 10 décembre 1948, art. 2. C'est nous qui le soulignons.

Quoi qu'il en soit, il est indéniable qu'il existe un noyau dur de droits humains considérés comme indérogeables en temps de paix comme en temps de guerre. À ce propos, nous pouvons mentionner à côté de la Déclaration universelle, les normes que l'article 4, paragraphe 2, du Pacte sur les droits civils et politiques soustrait à toute dérogation en toute circonstance³⁹. Il est intéressant de remarquer une coïncidence presque parfaite entre le noyau dur des droits de l'homme et le noyau dur des droits des personnes protégées d'après le droit humanitaire. Pictet a identifié au moins trois principes fondamentaux communs au droit des droits de l'homme et au droit humanitaire, à savoir l'inviolabilité, la non-discrimination et la sécurité de la personne⁴⁰. Ces trois principes fondamentaux sont à la base d'une série de droits de la personne – le droit à la vie, le droit à un procès équitable, la protection d'arrestations ou de détentions arbitraires, l'interdiction de la torture et de tout autre traitement inhumain ou dégradant, l'interdiction des discriminations, la protection de la famille, l'interdiction de l'esclavage, la liberté de pensée, de conscience et de religion, etc. – qui existent, à quelques nuances près, dans les deux corps de règles⁴¹.

En dehors des normes de nature coutumière, la sphère d'application du droit des droits de l'homme et du droit de l'occupation militaire n'est souvent pas la même. Tout d'abord, il faut remarquer que si le corps de règles constituant le droit de l'occupation militaire est désormais considéré comme ayant une nature coutumière – et de ce fait il est à observer par tous les États de la Communauté internationale – il n'est pas rare que certains droits de l'homme se trouvent inscrits dans des instruments conventionnels, souvent régionaux, qui lient uniquement les États parties à l'égard de toute personne relevant de leur juridiction. Il peut y avoir des divergences importantes entre le régime de protection prévu par le droit des droits de l'homme coutumier et celui contenu, par exemple, dans des instruments régionaux comme la Convention européenne des droits de l'homme ou la Convention américaine des droits de l'homme. Il est donc question pour l'occupant de déterminer avec précision, dès le commencement de ses opérations militaires, quelles sont les normes du droit des droits de l'homme qu'il devra observer.

Ensuite, d'un point de vue *ration loci*, on ne saurait pas négliger les réticences de certains États à admettre qu'un territoire occupé militairement relève de la juridiction de l'occupant⁴², bien que la doctrine et la jurisprudence récentes aillent dans le sens contraire, en admettant qu'un territoire occupé se trouve placé sous la juridiction de la puissance occupante. Ainsi le Comité des droits de l'homme a pu affirmer que :

39 À savoir : le droit à la vie (art. 6), l'interdiction de la torture et de tout autre traitement cruel, inhumain ou dégradant (art. 7), l'interdiction de l'esclavage et de la servitude (art. 8, paras 1 et 2), l'interdiction d'arrestations pour des raisons d'inexécution contractuelle (art. 11), le principe *nulla poena sine lege* (art. 15), le droit à la personnalité juridique (art. 16) et le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 18).

40 Jean Pictet, *supra* note 2, pp. 34 ss.

41 Ben-Naftali et Shany, *supra* note 10, pp. 52-53.

42 Voir en particulier la position d'Israël et des États-Unis, illustrée par Ben-Naftali et Shany, *ibid*, pp. 17 ss.

*L'applicabilité des règles du droit international humanitaire en période de conflit armé ne fait pas obstacle en soi à l'application du Pacte, y compris de l'article 4 qui traite du cas où un danger public menace la vie de la nation. L'applicabilité des règles du droit international humanitaire ne fait pas obstacle non plus à la responsabilité que doivent assumer les États parties, en vertu du paragraphe 1 de l'article 2 du Pacte, pour les actes accomplis par leurs autorités hors de leur propre territoire, y compris dans des territoires occupés. En conséquence, le Comité réaffirme que, dans les circonstances actuelles, les dispositions du Pacte s'appliquent au profit de la population des territoires occupés [...]*⁴³.

Cette position est partagée par un certain nombre d'institutions internationales actives dans le domaine de la protection des droits de l'homme⁴⁴. En jurisprudence, la Cour internationale de Justice, dans son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, a affirmé clairement que le Pacte relatif aux droits civils et politiques doit être appliqué aux territoires occupés :

*En définitive, la Cour estime que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques est applicable aux actes d'un État agissant dans l'exercice de sa compétence en dehors de son propre territoire*⁴⁵.

Dans le domaine de l'applicabilité extraterritoriale de conventions sur la protection des droits de l'homme, l'affaire *Al-Skeini* nous semble particulièrement intéressante. Cette affaire a été portée devant la *Court of Appeal* du Royaume Uni en 2005 par des civils irakiens qui avaient subi des violations des droits de l'homme en Irak par des soldats britanniques pendant l'occupation de leur pays en 2003-2004. La Cour d'appel a discuté la notion de juridiction extraterritoriale du Royaume Uni en Irak, aux fins de la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme et du *Human Rights Act* de 1998, tout en admettant qu'au moins un plaignant (M. Mousa) se trouvait effectivement sous le contrôle des forces armées du Royaume Uni. Cela signifiait que la Convention européenne des droits de l'homme et le *Human Rights*

43 *Observations finales du Comité des droits de l'homme : Israël*, 21 août 2003, supra note 33, paragraphe 11.

44 À titre d'exemple, voir les *Observations finales du Comité des droits de l'enfant : Israël*, 9 octobre 2002, doc. ONU CRC/C/15/Add.195 (2002), où le Comité affirme que la Convention relative aux droits de l'enfant est applicable aux territoires palestiniens occupés (paragraphe 2); voir aussi les *Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale : Israël*, 30 mars 1998, doc. ONU CERD/C/304/Add.45 (1998), où le Comité invite Israël à rendre des comptes au sujet de l'application de la Convention pour l'élimination de la discrimination raciale « dans toutes les zones sur lesquelles il exerce un contrôle effectif » (paragraphe 12); voir enfin les *Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels*, 31 août 2001, doc. ONU E/C.12/1/Add.69 (2001), où le Comité, après avoir affirmé l'applicabilité du Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels en temps d'occupation militaire (paragraphe 11), rappelle que « même pendant un conflit armé, les droits fondamentaux de l'homme doivent être respectés et que les droits économiques, sociaux et culturels, étant des règles minimales en matière de droits de l'homme, sont garantis en vertu du droit international coutumier et du droit international humanitaire » (paragraphe 12).

45 Cour internationale de Justice, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans les territoires palestiniens occupés*, Avis consultatif, 9 juillet 2004, *Recueil CJI*, 2004, paragraphe 111.

Act étaient applicables dans la zone d'occupation britannique en Irak et que le juge britannique avait compétence pour connaître de cette affaire⁴⁶. Toutefois, l'applicabilité extraterritoriale de la Convention européenne et du *Human Rights Act* a été limitée par la Cour d'appel aux cas où la puissance occupante exercerait un contrôle effectif sur la personne concernée :

*It is quite impossible to hold that the UK, although an occupying power for the purposes of the Hague Regulations and Geneva IV, was in effective control of Basrah City for the purposes of ECHR jurisprudence at the material time [...] The UK possessed no executive, legislative or judicial authority in Basrah City*⁴⁷.

La Cour d'appel n'a donc pas nié l'existence d'une occupation militaire, mais elle introduit une distinction entre, d'un côté, l'occupation caractérisée par un contrôle effectif de la part de l'occupant, des lieux et des personnes se trouvant sous occupation et, de l'autre, l'occupation sans contrôle, ce qui ne semble pas cohérent avec l'article 42 du Règlement de La Haye de 1907, qui postule que seuls les territoires où l'autorité effective de l'armée d'occupation est établie et en mesure de s'exercer sont à considérer comme occupés. L'exclusion de la responsabilité du Royaume Uni vis-à-vis des violations des droits de l'homme subies par certains plaignants à cause du manque de contrôle effectif de l'armée britannique à Basrah City, revient à dire, au demeurant, que les éléments de la définition d'occupation militaire n'étaient pas réunis en l'espèce. Or, on ne saurait pas nier l'utilité du critère du contrôle effectif du territoire aux fins de l'établissement de l'applicabilité extraterritoriale d'une convention sur la protection des droits de l'homme, puisqu'il peut y avoir des situations où un contrôle effectif de la part d'un État soit exercé en dehors de son territoire, sans pour autant que ce contrôle puisse configurer une situation d'occupation militaire. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs déjà traité des situations de ce type⁴⁸. Toutefois, le contraire n'est pas vrai : une situation d'occupation militaire sans contrôle effectif du territoire occupé n'est pas envisageable, pourvu que, de par sa définition, l'occupation militaire est une situation de fait caractérisée par l'existence d'un contrôle effectif de la part de la puissance occupante sur le territoire occupé.⁴⁹

46 *The Queen ex parte Al-Skeini and others v. Secretary of State for Defence*, [2005] EWCA Civ 1609, 21 décembre 2005, disponible à l'adresse : <http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWCA/Civ/2005/1609.html&query=al-skeini&method=boolean> (dernière consultation le 4 novembre 2008).

47 *Ibidem*, paragraphe 124.

48 Voir par exemple les affaires *Gentilhomme c. France* (2002) ECHR 48205/99, *Bankovic c. Belgique et autres* (2001) ECHR 52207/99, *Assanidze c. Géorgie* (2004) ECHR 71503/01, *Ilascu c. Moldovie* [2004] ECHR 48787/99, *Issa c. Turquie* [2004] ECHR 31831/96.

49 Voir sur la question du contrôle effectif aux fins de l'application des conventions sur la protection des droits de l'homme, Cordula Droegge, « The Interplay between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflict », *Israel Law Review*, 2007, pp. 324 ss.

La finalité «droit de l'hommiste» du droit de l'occupation militaire

S'il est vrai que les grands textes de codification des droits de l'homme contiennent rarement des principes directeurs concernant leur applicabilité en temps de conflit armé et si, quant à eux, ni le «droit de La Haye», ni le «droit de Genève» ne s'expriment en termes de «droits de l'homme», il est aussi incontestable que dans les deux cas le droit international s'efforce de garantir un minimum de protection à la personne humaine contre les activités des États. Comme il a déjà été rappelé, la plupart des normes du droit de l'occupation militaire et les normes du droit des droits de l'homme répondent à une même logique, celle du rapport d'État à individu, où ce dernier est le bénéficiaire d'un régime de protection en raison de sa situation de vulnérabilité vis-à-vis de l'État. Cela demeure aussi vrai pour le droit de l'occupation qui, déjà avec le Règlement de La Haye de 1907, esquissait un abri juridique pour les civils soumis à occupation, contre les abus de la puissance occupante en matière de législation interne, de sécurité, de droit à la vie et à la propriété privée, de droit de la famille, d'allégeance, de respect des convictions religieuses, ainsi qu'en matière de peines collectives⁵⁰. En d'autres termes, le droit de l'occupation militaire naît avec une vocation «droit de l'hommiste» *ante litteram*, pour ainsi dire, qui a été complétée et renforcée lors de l'élaboration du droit de Genève, dans ses deux vagues de 1949 et de 1977.

Malgré cela, le droit de l'occupation militaire reste un régime juridique lacunaire en matière de protection des civils. Le fait que le droit des droits de l'homme soit en règle générale applicable à la situation d'occupation militaire, comme il a été montré au paragraphe précédent, fournit un outil important pour combler ces lacunes, en particulier pour ce qui concerne les droits civils et politiques. Ces derniers, en effet, sont traités de façon complète dans les textes sur les droits de l'homme, à la fois au niveau de leur contenu et au niveau des remèdes en cas de violation, mais ils ne figurent pratiquement pas dans le Règlement de La Haye, dans les Conventions de Genève ou dans le Protocole additionnel I⁵¹. Leur importance est capitale en cas d'occupation, premièrement parce qu'il s'agit de droits qui, souvent, sont les premiers à devenir l'objet de mesures de dérogation de la part de l'occupant, au cas où ils se trouvent en conflit avec les intérêts de ce dernier⁵². En particulier, l'exigence de «rétablir et d'assurer [...] l'ordre et la vie publics», selon ce qui est prévu par l'article 43 du Règlement de La Haye, peut justifier des dérogations dans l'application du droit des droits de l'homme dans le territoire occupé⁵³. Deuxièmement, parce que si les conditions de l'occupation le permettent, l'occupant peut décider de restaurer certains droits civils et politiques et, pour ce faire, le silence du droit

50 Voir les articles 43 à 51 du Règlement de La Haye de 1907.

51 Eyal Benvenisti, *The International Law of Occupation*, Princeton, Princeton University Press, 1993, p. 189.

52 E. Benvenisti, *supra* note 14, p. 30.

53 Marco Sassòli, «Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers», *European Journal of International Law*, 2005, p. 665.

de l'occupation en la matière l'oblige à se laisser guider par les normes sur la protection des droits de l'homme⁵⁴. Ce sont en effet ces dernières qui fixent les standards en matière de droits civils et politiques, des standards dont les contours seront adaptés par l'occupant aux spécificités de la situation. Le droit de l'occupation est en outre silencieux sur des questions comme la discrimination dans les lieux de travail ou dans les écoles, ou encore dans le domaine des droits de « troisième génération » – comme le droit à un environnement sain – des domaines où l'occupant doit une fois de plus se référer nécessairement au droit des droits de l'homme, seul régime juridique à même d'offrir à l'individu des règles claires et des mécanismes de recours nécessaires⁵⁵. Enfin, l'occupant pourrait invoquer le fait que le droit interne de l'État occupé n'est pas respectueux des droits de l'homme fondamentaux, pour faire jouer l'exception de l'« empêchement absolu », contenue à l'article 43 du Règlement de La Haye, afin de justifier le non respect de sa part des lois internes concernées et l'introduction des mesures législatives nécessaires pour conformer le droit de l'État occupé aux standards internationaux en matière de droit de l'homme⁵⁶.

La conciliation entre les intérêts de l'armée d'occupation et les droits de la population civile

Le droit de l'occupation militaire, à côté des intérêts de la population civile qui se trouve sur le territoire occupé, prend aussi en considération les intérêts de la puissance occupante. À sa finalité « droit de l'hommiste », il faut donc juxtaposer celle militaire, vouée à permettre à l'occupant de poursuivre au mieux son effort militaire contre l'État ennemi, afin de le contraindre à la défaite. La puissance occupante est en effet engagée dans un conflit armé qui ne s'est pas encore terminé et doit veiller non seulement au respect de la population soumise à occupation, mais aussi à la sécurité de l'armée d'occupation et à la poursuite de ses objectifs militaires. Le droit de l'occupation militaire est donc construit en tant que régime devant assurer un certain équilibre entre les intérêts de la population locale et ceux de l'armée d'occupation. La prise en considération de ces deux volets antithétiques constitue un trait caractéristique du droit de l'occupation. Ainsi, les droits humains que l'occupant reconnaît aux civils de l'État occupé peuvent différer des droits correspondants, tels qu'ils existent en temps de paix, en raison de la prise en compte des exigences de la puissance occupante. Par exemple, le droit à la vie et l'interdiction d'arrestations arbitraires peuvent être interprétés par l'occupant à l'aune des articles 5, 68 et 78 de la Convention IV de Genève, qui confèrent à l'occupant le pouvoir d'exécuter certains criminels et d'arrêter des individus suspects⁵⁷. De la même façon, l'article 4, paragraphe 1, du Pacte relatif aux droits civils

54 E. Benvenisti, *supra* note 51, p. 189.

55 Voir Adam Roberts, *supra* note 1, p. 594.

56 Voir Marco Sassòli, *supra* note 53, pp. 665 ss.

57 Orna Ben-Naftali et Yuval Shany, *supra* note 10, p. 104.

et politiques, prévoyant la possibilité de déroger à certains droits de l'homme en cas de danger public, peut être nuancé par l'occupant en fonction de la gravité de la situation, étant donné que l'article 4, paragraphe 1, prévoit que l'État concerné prend des décisions « dans la stricte mesure où la situation l'exige » : les exigences de la situation en cas d'occupation peuvent varier dans le temps et dans l'espace, suivant une série de paramètres liée aux différentes situations auxquelles l'occupant doit faire face.

L'équilibre général – ou, pour mieux dire, le rapport de force – entre les exigences militaires de l'occupant et les exigences de la population soumise à occupation n'est pas figé, mais il a connu une évolution importante au fil des décennies, qui est allée de pair avec l'évolution du droit international. Nous avons à l'esprit, en particulier, la mise à jour du droit de La Haye qui a été faite à Genève en 1949, où le côté « droit de l'hommiste » de l'occupation militaire a été sensiblement développé, par réaction aux abus que les puissances de l'Axe avaient faits pendant la Deuxième Guerre mondiale vis-à-vis de ce droit. Depuis 1949, la mise en balance des exigences militaires et des exigences civiles continue à évoluer sous l'influence qu'inévitablement la naissance et la consolidation du droit des droits de l'homme exercent sur le droit de l'occupation. L'évolution « droit de l'hommiste » que le droit de l'occupation militaire a connu ces dernières décennies, ne semble pas pouvoir dépasser certaines limites intrinsèques à ce régime juridique. Ainsi, comme l'affirme un auteur, il ne faut pas perdre de vue le fait que, en règle générale :

*The government of an occupied territory by the occupant is not the same as a State's ordinary government of its own territory: a military occupation is not tantamount to a democratic regime and its objective is not the welfare of the local population*⁵⁸.

Cela n'empêche pas, toutefois, qu'on puisse assister à des situations particulières démentant cette affirmation : cela a été le cas, récemment, lors de l'occupation américano-britannique de l'Irak, en 2003-2004. La Résolution 1483 du Conseil de sécurité des Nations Unies a en effet donné mandat à l'Autorité de la coalition de coopérer avec les Nations Unies en matière de « promotion de la protection des droits de l'homme », tout en œuvrant à la création d'institutions gouvernementales représentatives et à la promotion d'une vaste et profonde réforme judiciaire⁵⁹. Si la protection des droits de l'homme, comme on l'a vu, est généralement possible dans le cadre du droit de l'occupation militaire, la *promotion* des droits de l'homme, couplée à des initiatives vouées à transformer le tissu organisationnel et institutionnel du pays occupé, constitue indubitablement une tâche à la charge de l'occupant spécialement envisagée par le Conseil de sécurité pour le cas spécifique de l'occupation de l'Irak, et non

58 Yoram Dinstein, *supra* note 31, p. 116.

59 Résolution du Conseil de sécurité 1483, doc. ONU S/RES/1483 (2003), paragraphe 8 (c), (g) et (i). À la fin décrétée de l'occupation, en juin 2004, cette tâche a été confiée par le Conseil de sécurité au Représentant spécial du Secrétaire général et à la Mission d'assistance des Nations Unies pour l'Irak (Résolution du Conseil de sécurité 1546, doc. ONU S/RES/1546 (2004), paragraphe 7 (b) (iii)).

pas une obligation normalement découlant du droit général de l'occupation militaire⁶⁰. Cette approche du Conseil n'a pas manqué d'engendrer une certaine tension entre le droit de l'occupation militaire, tendanciellement conservateur surtout au niveau du respect du droit interne et des institutions de l'État occupé, et les exigences de transformation que le Conseil de sécurité a voulu soutenir par l'intermédiaire des puissances occupantes⁶¹.

Conclusion

Le cadre brièvement présenté dans notre contribution soulève – nous en sommes conscients – plus de questions qu'il ne donne de réponses. La richesse normative et la complexité du droit de l'occupation militaire et du droit des droits de l'homme, ainsi que la nécessité de mettre en exergue la relation *lex specialis-lex generalis* qui les lie, en prenant en compte l'évolution que ces deux régimes juridiques ont connu au cours des dernières décennies, sont tous des éléments qui souvent rendent très compliquée toute tentative d'identification des contenus exacts des droits de la population civile en cas d'occupation militaire. Cette complexité est, d'un côté, le résultat inévitable du croisement entre deux régimes juridiques antithétiques, mais en même temps tous deux nécessaires pour régler les différents aspects de l'occupation militaire. De l'autre côté, indubitablement, elle rend l'application du droit moins intelligible surtout de la part des opérateurs militaires, qui ne sont pas forcément dotés du temps et des outils scientifiques nécessaires pour prendre en considération toutes les nuances qui se présentent au cas par cas. Les manuels militaires constituent sans doute un instrument pratique de clarification indispensable, mais l'équilibre entre les différents intérêts et valeurs en jeu – les intérêts de l'armée d'occupation et ceux de la population civile, la protection des droits de l'homme et les dérogations nécessaires pour assurer le maintien de l'ordre – requièrent davantage d'efforts de la part de la doctrine, afin d'éclairer les nombreuses zones d'ombre que l'interaction entre le droit des droits de l'homme et le droit de l'occupation militaire présente.

60 Adam Roberts, *supra* note 1, p. 613.

61 Voir dans ce domaine la contribution de Adam Roberts, *supra* note 1, pp. 580-622.

L'articulation du droit de l'occupation et des droits économiques, sociaux et culturels : les exemples de l'alimentation, de la santé et de la propriété

Sylvain Vité*

Dr Sylvain Vité est conseiller juridique au sein de la division juridique du Comité international de la Croix-Rouge.

Résumé

Le régime juridique contemporain de l'occupation ne se limite plus aux apports coutumiers et conventionnels du droit de La Haye et du droit de Genève. Il a connu une profonde évolution avec la reconnaissance progressive de l'applicabilité du droit des droits de l'homme aux situations qu'il régit et la complémentarité a été soulignée à plusieurs reprises. La question du rapprochement du droit international humanitaire et des droits de l'homme ne se satisfait pas uniquement d'un examen portant sur leurs domaines d'application respectifs. L'auteur poursuit

* Cet article propose quelques conclusions d'un projet de recherche plus vaste sur la protection des civils sous occupation militaire (Académie de droit international humanitaire et de droits humains, Genève, 2008). L'auteur souhaite remercier vivement le Fonds national suisse de la recherche scientifique qui a assumé l'essentiel du financement de ce projet. L'auteur souhaite aussi remercier M^{me} Nathalie Mivelaz, Haut-Commissariat aux droits de l'homme, et le professeur Robert Kolb, Université de Genève, pour leurs précieuses suggestions quant au contenu de cet article. Ce texte relève toutefois de la seule responsabilité de son auteur. Les opinions qui y sont exprimées ne reflètent pas nécessairement le point de vue du CICR.

Original français. La version anglaise de cet article a été publiée sous le titre « The interrelation of the law of occupation and economic, social and cultural rights: the examples of food, health and property », *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N° 871, septembre 2008, pp. 629-651.

le raisonnement au niveau de leurs règles individuelles. Il examine si celles relevant du droit international humanitaire se trouvent confirmées, complétées, relativisées, voire contredites, par celles provenant des droits de l’homme. L’analyse porte plus particulièrement sur l’articulation du droit de l’occupation et des droits économiques, sociaux et culturels en se concentrant sur la promotion de conditions de vie adéquates (droit à l’alimentation, droit à la santé) et le respect de la propriété.

⋮⋮⋮⋮⋮

Introduction

Même si la question suscite encore des controverses¹, il n’est guère contestable aujourd’hui que le droit international des droits de l’homme est applicable aux situations couvertes par le droit international humanitaire, à savoir les conflits armés et les occupations militaires². Une riche pratique internationale confirme désormais cette position, notamment celle de la Cour internationale de justice, qui a eu l’occasion de se prononcer en ce sens par trois fois³. Il convient dès lors de dépasser cette étape préliminaire pour s’interroger sur l’articulation des règles du droit international humanitaire et des droits de l’homme dans les domaines qui leur sont communs. Selon les propres termes de la Cour, cette articulation se manifeste selon trois modalités : « certains droits peuvent relever exclusivement du droit international humanitaire ; d’autres peuvent relever exclusivement des droits de l’homme ; d’autres enfin peuvent relever à la fois de ces deux branches du droit international »⁴. La Cour ne précise toutefois pas quelles sont les règles qui caractérisent l’une ou l’autre de ces catégories.

Cet article vise à entreprendre cet exercice en se concentrant sur l’une des ramifications du droit international humanitaire, celle qui traite de l’occupation militaire⁵. En droit international, « [u]n territoire est considéré comme

1 Michael J. Dennis, « Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation », *American Journal of International Law*, Vol. 99, N° 1, 2005, pp. 119-141.

2 Voir notamment *Rapport sur la situation des droits de l’homme dans le Koweït sous occupation iraquienne*, W. Kälin, Rapporteur spécial, E/CN.4/1992/26, 16 janvier 1992 ; Robert Kolb, Sylvain Vité, *La protection des populations civiles soumises au pouvoir d’une armée étrangère*, Bruxelles, Bruylant, à paraître en 2008.

3 Cour internationale de justice : *Licéité de la menace ou de l’emploi d’armes nucléaires*, Avis consultatif, 8 juillet 1996, Rôle général N° 95, paragraphe 25 ; *Conséquences juridiques de l’édification d’un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, 9 juillet 2004, Rôle général N° 131, paragraphe 106 ; *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (fond)*, République démocratique du Congo c. Ouganda, Rôle général N° 116, 19 décembre 2005, paragraphe 216. Voir aussi en ce sens : Permanent Court of Arbitration : *Partial Award, Civilians Claim, Ethiopia’s claim 5*, 17 décembre 2004, paragraphe 26.

4 CIJ, *Conséquences juridiques*, supra note 3, paragraphe 106 ; CIJ, *Activités armées*, supra note 3, paragraphe 216.

5 Sur le droit de l’occupation militaire de manière générale, voir notamment : Jean Pictet (éd.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre : commentaire*, Genève, CICR 1956 ; Adam Roberts, « What is a Military Occupation », *British Yearbook of International Law*, Vol. 55, 1984, pp. 249-305 ; Eyal Benvenisti, *The International Law of Occupation*, Princeton (etc.), Princeton University Press, 2004 (2d ed.) ; Robert Kolb, Sylvain Vité, supra note 2.

occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie »⁶. Deux conditions sont requises pour que cette définition soit satisfaite : a) l'occupant est en mesure de contrôler de manière effective un territoire qui n'est pas le sien ; b) son intervention n'a pas été agréée par le souverain légitime. Il n'est en revanche pas nécessaire que la prise de pouvoir résulte d'un conflit armé caractérisé par des hostilités. Les règles pertinentes s'appliquent même si l'occupation ne rencontre aucune résistance militaire⁷. Ces règles figurent principalement dans trois textes conventionnels : le Règlement de La Haye de 1907, la Convention IV de Genève de 1949 et le Protocole additionnel I de 1977⁸. La plupart de ces règles sont par ailleurs de nature coutumière.

Sous l'angle des droits de l'homme, il s'agira de se concentrer sur les droits économiques, sociaux et culturels. Ces derniers répondent à un mode de fonctionnement spécifique qui les distingue des droits civils et politiques⁹. La principale source conventionnelle pertinente en la matière, au niveau universel tout au moins, est le Pacte des Nations Unies relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (ci-après, le Pacte), adopté en 1966¹⁰.

Dans un premier temps, cet article rappellera dans les grandes lignes quels sont les principes généraux d'application des droits économiques, sociaux et culturels en temps d'occupation (A). Il s'agira de voir ensuite comment les deux régimes juridiques étudiés interagissent concrètement dans deux domaines particuliers : les conditions de vie des populations, sous l'angle particulier de l'alimentation et de la santé, et la propriété (B).

Les principes généraux d'application des droits économiques, sociaux et culturels en temps d'occupation

L'application des droits économiques, sociaux et culturels est affaire de nuance. Elle varie en fonction des circonstances de chaque cas d'espèce et est appelée à évoluer dans le temps. La nature de ces droits est en partie programmatique en ce sens qu'ils fixent des objectifs que les États s'engagent à atteindre par étapes successives. Leur pleine mise en œuvre doit ainsi être réalisée progres-

6 *Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, 18 octobre 1907, Deuxième Conférence internationale de la Paix, Actes et Documents, La Haye, 1907, Vol. I, pp. 626-637 : article 42.

7 *Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, 12 août 1949, Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949, Vol. I, Berne, Département Politique Fédéral, pp. 294-335 : article 2, paragraphe 2.

8 *Règlement de La Haye, supra note 6 ; Convention IV, supra note 7 ; Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux*, 8 juin 1977, Les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949, Genève, CICR, 1977, pp. 3-89.

9 Voir notamment Philip Alston, Gerald Quinn, « The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », *Human Rights Quarterly*, Vol. 9, N° 3, mai 1987, pp. 156-229 ; Absjorn Eide, « Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights », *Economic, Social and Cultural Rights, A Textbook*, A. Eide (ed.), Dordrecht (etc.), Kluwer, 2001 (2nd ed.), pp. 9-28.

10 *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, New York, 16 décembre 1966, RTNU, Vol. 993, p. 3.

sivement. Cette flexibilité n’est cependant pas telle que le Pacte en perdrait tout caractère contraignant. Le système des droits économiques, sociaux et culturels prévoit certaines obligations immédiates et minimales que les États ne sauraient contourner. À ce fonctionnement propre à l’économie des droits de l’homme s’ajoute aussi certains principes d’application découlant du droit de l’occupation.

La mise en œuvre progressive des droits économiques, sociaux et culturels

L’article 2, paragraphe 1, du Pacte prévoit que chaque État partie « s’engage à agir [...] au maximum de ses ressources disponibles, en vue d’assurer *progressivement* le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte » (nous soulignons). Cet instrument reconnaît que l’application de ses règles s’inscrit dans le temps et qu’elle peut passer par différents degrés en raison de la nature même des obligations prescrites¹¹. Certaines dispositions fixent en effet des objectifs tout en laissant aux États parties une marge d’appréciation quant aux moyens qu’ils adopteront pour les atteindre. Selon les cas, cela suppose l’adoption de nouveaux textes législatifs. La mise en œuvre des droits économiques, sociaux et culturels ne peut donc se concevoir que sur la durée.

Cette souplesse est particulièrement importante en temps d’occupation. Lorsque les hostilités viennent de se terminer, que de nombreuses infrastructures ont été détruites par la guerre et que le pays connaît encore bien souvent une forte instabilité, l’occupant n’est pas en mesure d’assurer la pleine réalisation de ses obligations. Dans un premier temps, c’est aux nécessités dictées par l’urgence qu’il doit répondre. Par la suite, lorsqu’il a eu l’occasion de renforcer son contrôle sur le territoire concerné, ses obligations gagnent alors en contenu normatif. Au-delà de la phase d’urgence, il ne peut plus se contenter de mesures minimales. La mise en œuvre des droits économiques, sociaux et culturels exige que soit mise en place une stratégie en vue d’atteindre les objectifs fixés.

Cette marge de manœuvre n’est cependant pas illimitée. La mise en œuvre progressive des droits économiques, sociaux et culturels ne signifie pas que les États sont en droit d’attendre les circonstances les plus favorables pour se conformer à leurs obligations. Une telle interprétation viderait le Pacte de son contenu normatif, puisque chacun serait libre de décider par lui-même de l’ampleur de ses engagements. Cet instrument en perdrait par conséquent son caractère contraignant. La jurisprudence du Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies, qui est l’organe de supervision du Pacte, montre en effet que les États ne sauraient aller en deçà d’un seuil normatif fondamental, quelles que soient les circonstances.

11 Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale N° 3: La nature des obligations des États parties (article 2, paragraphe 1, du Pacte)*, 14 décembre 1990, paragraphe 9. Voir aussi *Directives de Maastricht relatives aux violations des droits économiques, sociaux et culturels*, UN Doc. E/C12/2000/13, 2 octobre 2000, N° 8.

Les obligations ayant un effet immédiat

Le Comité a rappelé d'abord que « si le Pacte prévoit effectivement que l'exercice des droits devra être assuré progressivement et reconnaît les contraintes découlant du caractère limité des ressources disponibles, il impose aussi diverses *obligations ayant un effet immédiat* »¹². Il distingue ainsi deux niveaux normatifs : a) Les dispositions qui créent des obligations à effet immédiat ; b) Les dispositions qui créent des obligations de mise en œuvre progressive. Les États liés par cet instrument ne sauraient dès lors invoquer sa nature programmatique pour en retarder en bloc l'application. Ils sont en effet tenus d'en respecter les règles d'application immédiate, c'est-à-dire les obligations « applicables en elles-mêmes et par elles-mêmes »¹³. En temps d'occupation, ces règles forment un cercle normatif que les autorités en place doivent prendre en compte dès qu'elles exercent un contrôle effectif du territoire. Leur respect ne saurait être reporté ou restreint en raison des circonstances de l'occupation.

Certaines de ces obligations à effet immédiat sont expressément mentionnées dans le Pacte. Tel est le cas par exemple du principe de non-discrimination¹⁴ ou des mesures spéciales de protection et d'assistance en faveur des enfants et des adolescents¹⁵. D'autres doivent être identifiées par voie d'interprétation. En vertu de l'article 2, paragraphe 1, les États parties se sont en effet « engagés à agir » (« *to take steps* »), c'est-à-dire à adopter des mesures concrètes propres à favoriser l'application complète de cet instrument, quelle que soit la nature des obligations concernées. Une attitude passive à cet égard serait donc contraire à leurs engagements. Si, dans certains cas, la réalisation des droits économiques, sociaux et culturels peut s'inscrire dans la durée, les États restent tenus d'entreprendre sans attendre les démarches qui leur permettront d'atteindre les objectifs fixés¹⁶. En d'autres termes, même lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre des droits dont l'exercice est progressif, les États restent liés par le devoir d'adopter des mesures immédiates. Ces mesures doivent avoir « un caractère délibéré, concret et viser aussi clairement que possible à la réalisation des obligations reconnues dans le Pacte »¹⁷.

En temps d'occupation, les autorités en place ne peuvent dès lors pas arguer de la nature provisoire de leur présence en territoire étranger pour se

12 *Observation générale N° 3, supra* note 11, paragraphe 1 (nous soulignons). Voir aussi *Principes de Limburg concernant l'application du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, UN Doc., E/C.12/2000/13, 2 octobre 2000, N° 8.

13 *Observation générale N° 3, supra* note 11, paragraphe 5. Dans la version anglaise de ce passage, le Comité déclare : « Any suggestion that the provisions indicated are *inherently non-self-executing* would seem to be difficult to sustain » (nous soulignons).

14 Article 2, paragraphe 1. Voir Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale N° 3, supra* note 12, paragraphe 1 ; *Observation générale N° 12, Le droit à une nourriture suffisante (article 11 du Pacte)*, UN Doc. E/C.12/1999/5, 12 mai 1999, paragraphe 18. Voir aussi *Principe de Limburg, supra* note 12, N°s 22 et 35.

15 Article 10, paragraphe 3.

16 Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale N° 3, supra* note 11, paragraphes 2 et 9. Voir aussi Philip Alston, Gerald Quinn, *supra* note 9, p. 166.

17 *Observation générale N° 3, supra* note 11, paragraphe 2.

dérober à ces obligations. Il est révélateur à cet égard de rappeler que l’Administration des forces d’occupation en Irak a justifié une réforme du Code du travail local en rappelant que l’Irak, en tant qu’État partie aux Conventions 138 et 182 de l’OIT, avait l’obligation « *to take affirmative steps towards eliminating child labor* »¹⁸. L’ordonnance 89 adoptée par l’Administrateur de la coalition le 5 mai 2004 répond à cette obligation en fixant notamment un âge minimal de recrutement et en réglementant les conditions de travail pour les personnes de moins de dix-huit ans.

Le contenu essentiel des droits économiques, sociaux et culturels

Le Comité a par ailleurs reconnu que chacun des droits économiques, sociaux et culturels, malgré la flexibilité qui les caractérise, intègre un contenu normatif irréductible. Même si le Pacte se montre souple lorsqu’il reconnaît que certaines dispositions peuvent être mises en œuvre progressivement, il estime que les États parties n’en ont pas moins « *l’obligation fondamentale minimum d’assurer, au moins, la satisfaction de l’essentiel de chacun des droits* »¹⁹. Par exemple, le Comité précise que « *a State party in which any significant number of individuals is deprived of essential foodstuffs, of essential primary health care, of basic shelter and housing, or of the most basic forms of education is, prima facie, failing to discharge its obligations under the Covenant* »²⁰. Chacune des dispositions du Pacte incorpore ainsi un contenu normatif de base qui doit être garanti en toutes circonstances, quels que soient notamment le niveau économique, la situation politique ou la structure institutionnelle du pays²¹. Ceci vaut en période d’occupation militaire autant qu’en temps de paix. Ce noyau dur établit en quelque sorte le point de départ à partir duquel les États parties peuvent envisager un exercice progressif de leurs obligations. Il fixe ainsi une limite à la flexibilité admise en vertu de l’article 2, paragraphe 1.

Le principe de la continuité de l’ordre juridique en droit de l’occupation

L’application des droits économiques, sociaux et culturels en temps d’occupation doit être modulée en outre en fonction du régime juridique propre à ce type de situation. Dans son Avis consultatif relatif aux *conséquences juridiques de l’édification d’un mur dans le territoire palestinien occupé* (2004), la Cour internationale de justice a eu l’occasion de rappeler qu’Israël, en tant que Puissance occupante, a l’obligation de respecter les dispositions du Pacte

18 Coalition of Provisional Authority, *Order N° 89, Amendments to the Labor Code – Law N° 71 of 1987*, CPA/ORD/05 mai 2004/89 (nous soulignons).

19 *Observation générale N° 3, supra* note 11, paragraphe 10 (nous soulignons). Voir aussi *Directives de Maastricht, supra* note 11, N° 9.

20 *Observation générale N° 3, supra* note 11, paragraphe 10, (nous choisissons la version anglaise de ce texte, car elle nous paraît plus explicite que sa traduction en français).

21 À ce sujet, voir notamment Audrey R. Chapman, Sage Russell (eds), *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerp [etc.], Intersentia, 2002.

« dans l'exercice des compétences dont il dispose à ce titre »²². Or le contenu et l'étendue de ces compétences ne peuvent être déterminés qu'en référence au droit de l'occupation. C'est uniquement dans les limites fixées par ce régime juridique que l'occupant est autorisé à faire usage de la marge de manœuvre admise en vertu des droits économiques, sociaux et culturels.

Sous certains aspects, l'application du Pacte suppose une perspective à long terme et le pouvoir souverain de transformer en profondeur les sociétés. La mise en œuvre du droit au travail oblige par exemple les États à élaborer des stratégies de développement qui engageront leur économie nationale sur de nombreuses années²³. Or, le droit de l'occupation oppose une résistance à de tels changements. Il vise au contraire à maintenir les structures institutionnelles et légales en attendant que le statut futur du territoire concerné soit tranché. L'article 43 du Règlement de La Haye de 1907 prévoit que l'occupant a l'obligation « de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics *en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays* » (nous soulignons). Cette règle de la continuité de l'ordre juridique interne prescrit ainsi une limite supérieure à la mise en œuvre des droits économiques, sociaux et culturels. Elle interdit les réformes structurelles qui engageraient l'avenir du territoire occupé sur le long terme.

Ce principe n'est toutefois pas rigide. Comme le précise l'article 43, les Puissances occupantes peuvent y déroger en cas d'« empêchement absolu ». L'article 64 de la IV^e Convention de Genève, qui reprend et précise la règle de l'article 43, ajoute que des modifications législatives sont admissibles lorsqu'elles sont « indispensables » à la réalisation de trois objectifs : a) la mise en œuvre du droit international humanitaire ; b) l'administration régulière du territoire et c) la garantie de la sécurité de la Puissance occupante et de l'administration locale²⁴. À ces trois hypothèses il faut encore ajouter l'obligation de respecter les droits de l'homme²⁵. Les conséquences immédiates de la Seconde Guerre mondiale ont montré en effet que l'occupant est en droit d'abroger les lois internes oppressives ou discriminatoires, comme l'était la législation national-socialiste de Nuremberg²⁶. Dans certains cas, l'occupant peut aussi être amené à adopter de nouveaux textes législatifs pour satisfaire ses engagements. L'Ordonnance n° 7 du 9 juin 2003, adoptée par l'administration d'occupation en Irak et

22 CIJ, *Conséquences juridiques*, *supra* note 3, paragraphe 112.

23 Article 6, paragraphe 2.

24 Malgré l'intitulé de l'article 64, qui se réfère à la « législation pénale », ceci vaut pour l'ensemble du système juridique interne. Jean Pictet souligne à cet égard que, « si la Conférence diplomatique n'a prescrit explicitement que le respect de la loi pénale, c'est que celle-ci n'avait pas été suffisamment observée lors de conflits antérieurs ; il n'y a pas lieu d'en induire *a contrario* que l'occupant n'est pas tenu de respecter aussi la législation civile, voire l'ordre constitutionnel » (Jean Pictet (éd.), *supra* note 5, p. 360. Voir en ce sens Eyal Benvenisti, *supra* note 5, pp. 100ss.

25 En ce sens Marco Sassòli, « Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers », *European Journal of International Law*, Vol. 16, 2005, p. 676.

26 Voir notamment Gerhard Von Glahn, *The Occupation of Enemy Territory: A Commentary on the Law and Practice of Belligerent Occupation*, Minneapolis, The University of Minnesota Press, 1957, pp. 95, 107 ; Morris Greenspan, *The Modern Law of Land Warfare*, Berkeley (etc.), University of California, 1959, p. 245.

réformant le Code pénal irakien, instaura par exemple une suspension de la peine de mort et interdit la torture et les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ainsi que la discrimination²⁷.

Se pose dès lors la question de savoir comment concilier l’obligation de l’occupant d’appliquer les droits de l’homme, obligation qui suppose parfois des réformes législatives, avec le principe de la continuité de l’ordre juridique interne qui est au cœur du droit de l’occupation. Dans quelle mesure les réformes entreprises sont-elles compatibles avec la règle formulée aux articles 43 du Règlement de La Haye et 64 de la Convention IV de Genève²⁸ ? La réponse à cette question mérite la plus grande prudence. On entrevoit ici les dérives auxquelles pourraient conduire une position trop laxiste sur ce point. Sous couvert de respecter ses obligations internationales, un occupant pourrait entreprendre des transformations structurelles du pays occupé sans passer par une consultation démocratique des populations concernées. Ce risque est d’autant plus grand, en ce qui concerne les droits économiques, sociaux et culturels, que les règles prescrites dans ce domaine sont parfois indéterminées et sont ainsi ouvertes à des interprétations abusives.

L’articulation du droit de l’occupation et des droits économiques, sociaux et culturels dans leurs domaines normatifs communs

Ce risque peut toutefois être réduit si l’on adopte une approche nuancée. La réponse doit être en effet adaptée en fonction des règles envisagées. Sous bien des aspects, l’application des droits économiques, sociaux et culturels ne suppose pas de réformes si radicales qu’elles se heurteraient au droit de l’occupation. Cet équilibre normatif ne peut ainsi pas être trouvé en examinant uniquement les principes généraux d’application des droits économiques, sociaux et culturels en temps d’occupation. Il faut le rechercher de cas en cas en portant l’analyse au niveau des règles. C’est ce qu’il convient désormais de tenter en prenant deux exemples, celui de la préservation des conditions de vie de la population civile, en lien plus particulièrement avec l’alimentation et la santé, et celui de la propriété.

L’alimentation et la santé

Le régime juridique de l’occupation est principalement un droit de l’urgence. Il vise à répondre aux besoins immédiats des civils soumis au pouvoir d’une armée étrangère. Il envisage la préservation des conditions de vie essentiellement sous l’angle de l’assistance humanitaire. Le système des droits économiques, sociaux et culturels, sans pour autant négliger ces préoccupations liées à

27 Coalition Provisional Authority, *Order N° 7, Penal Code*, 9 juin, 2003, Sections 3 et 4.

28 Pour une évaluation plus détaillée de la portée de ces deux dispositions, voir Sylvain Vité, « L’applicabilité du droit international de l’occupation aux activités des organisations internationales », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 86, N° 853, mars 2004, pp. 14ss.

la survie des populations, est orienté vers le long terme. S'il établit des obligations qui doivent être respectées en toutes circonstances, et se recoupe en cela avec le droit de l'occupation, il prévoit aussi des obligations à réaliser progressivement au fur et à mesure que la situation sur le terrain se stabilise. En ce qui concerne l'alimentation et la santé, il complète ainsi les règles minimales de l'occupation.

Le droit de l'occupation

Le droit de l'occupation contient plusieurs dispositions ayant trait aux conditions de vie des civils. De manière générale, il oblige l'occupant à prendre « toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics [...] »²⁹. Plus particulièrement, la Convention IV de Genève prévoit que « la Puissance occupante a le devoir d'assurer l'approvisionnement de la population en vivres et en produits médicaux »³⁰. Le Protocole additionnel I étend la portée de cette disposition en ajoutant que cette obligation couvre aussi « la fourniture de vêtements, de matériel de couchage, de logements d'urgence, des autres approvisionnements essentiels à la survie de la population civile du territoire occupé et des objets nécessaires au culte³¹ ». Dans ce but, les éventuelles difficultés matérielles de la Puissance occupante sont prises en compte, puisqu'elle n'est liée que « [d]ans toute la mesure de ses moyens »³². Elle a toutefois le devoir d'utiliser toutes ses ressources disponibles en vue d'assumer ces responsabilités³³. Si la Puissance occupante n'est pas en mesure de répondre à cette obligation, elle est alors tenue de recourir à un soutien extérieur. Elle doit accepter et faciliter les actions de secours en faveur des populations en détresse³⁴. Cette obligation est inconditionnelle³⁵.

En matière de santé, la Puissance occupante a en outre la responsabilité d'assurer le bon fonctionnement des établissements et services médicaux et hospitaliers, ainsi que de garantir la santé et l'hygiène publique. Elle doit notamment prendre toutes les mesures nécessaires pour lutter contre les maladies contagieuses et les épidémies³⁶. Ici aussi, le caractère contraignant de cette obligation doit être modulé en fonction des moyens à disposition³⁷.

29 *Règlement de La Haye*, article 43.

30 *Convention IV*, article 55, paragraphe 1.

31 *Protocole I*, article 69, paragraphe 1.

32 *Convention IV*, article 55, paragraphe 1; *Protocole I*, article 69, paragraphe 1.

33 Jean Pictet (éd.), *supra* note 5, p. 333.

34 Article 59, paragraphe 1. Pour plus de détails, voir *Convention IV*, article 30 et 59ss. Voir aussi Robert Kolb, « De l'assistance humanitaire – La Résolution sur l'assistance humanitaire adoptée par l'Institut de droit international lors de sa Session de Bruges en 2003 », *Revue internationale de la Croix Rouge*, Vol. 86, N° 856, 2004, pp. 853ss.

35 Jean Pictet (éd.), *supra* note 5, p. 344.

36 *Convention IV*, article 56, paragraphe 1; *Protocole I*, article 14, paragraphe 1.

37 L'article 56, paragraphe 1, précise en effet que la Puissance occupante est liée « dans toute la mesure de ses moyens ». Certaines dispositions sont aussi consacrées aux conditions de vie de catégories de personnes particulièrement vulnérables, notamment les détenus et les internés (*Convention IV*, articles 76, 85, 89-90, 91-92, 108, 125).

Enfin, le droit de l’occupation traite des conditions de vie minimales en liaison avec les évacuations de populations. Ces évacuations ne sont admises que « si la sécurité de la population ou d’impérieuses raisons militaires l’exigent » et uniquement à l’intérieur du territoire occupé, « sauf en cas d’impossibilité matérielle »³⁸. Dans ce cas, la Puissance occupante est tenue de veiller à ce que certaines exigences vitales soient assurées, notamment que les personnes soient évacuées dans des « conditions satisfaisantes de salubrité, d’hygiène, de sécurité et d’alimentation » et qu’elles soient « accueillies dans des installations convenables »³⁹.

Ces règles relatives aux conditions d’existence en temps d’occupation sont générales et confèrent un pouvoir d’appréciation aux autorités chargées de les appliquer. Tout en posant certaines exigences en termes d’alimentation, de santé, d’habillement et de logement, elles ne donnent pas d’indications précises sur les objectifs devant être atteints. Les notions mêmes de « conditions satisfaisantes » ou d’« approvisionnement » peuvent être comprises de manières très diverses. De plus, conçu pour être une réglementation de transition sur le court terme, le droit de l’occupation se concentre essentiellement sur le devoir d’assistance aux personnes en difficulté. Lorsque la situation se prolonge, cette obligation risque de ne plus correspondre aux besoins de la population civile. Dans ce cas, il ne s’agit plus uniquement de garantir la survie de celle-ci mais, comme le prévoit l’article 43 du Règlement de 1907, de « rétablir et d’assurer la vie publique ». Or, les règles de l’occupation ne sont pas d’une grande utilité lorsqu’il s’agit de comprendre plus précisément les implications de cette disposition.

Face à ces incertitudes, des éléments de clarification peuvent être trouvés dans l’apport complémentaire du droit international des droits de l’homme, en particulier du droit à une nourriture suffisante et du droit à la santé⁴⁰. Les droits économiques, sociaux et culturels font en effet l’objet de développements jurisprudentiels toujours plus abondants et diversifiés. Ils ont ainsi acquis avec le temps une consistance nouvelle, ouvrant des perspectives à la protection de la population civile en temps d’occupation. Cet apport se manifeste d’une part dans la concrétisation de règles minimales applicables en tout temps (noyau dur) et d’autre part dans l’identification de règles devant être mises en œuvre progressivement au fur et à mesure de la stabilisation du territoire occupé.

Le noyau dur du droit à une nourriture suffisante et du droit à la santé

Sous l’angle des droits de l’homme, le droit à un niveau de vie suffisant suppose que chacun soit en mesure de bénéficier des conditions nécessaires à sa

38 *Convention IV*, article 49, paragraphes 1 et 2.

39 *Convention IV*, article 49, paragraphes 2 et 3. Pour une application de ces règles, voir la jurisprudence de la Commission arbitrale Erythrée/Ethiopie, *Civilians Claims, Ethiopia’s Claim N° 5*, jugement du 17 décembre 2004, paragraphes 116ss ; *Civilians Claims, Eritrea’s Claims N°s 15, 16, 23, 27-32*, jugement du 17 décembre 2004, paragraphes 66ss, 79ss.

40 *Déclaration universelle des droits de l’homme*, article 25, paragraphe 1 ; *Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, article 11 ; *Convention relative aux droits de l’enfant*, article 27.

subsistance individuelle. Selon les termes du Pacte, ce minimum vital comprend notamment une nourriture, un vêtement et un logement suffisants, ainsi qu'une amélioration constante des conditions d'existence⁴¹. Le Pacte reconnaît aussi « le droit qu'à toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre⁴² ». La définition du noyau dur de chacun de ces droits en fixe le contenu minimal applicable en toutes circonstances et clarifie par conséquent les règles applicables en temps d'occupation.

Le droit à une nourriture suffisante, dont les facettes sont multiples, comprend, comme exigence essentielle, le « droit fondamental qu'à toute personne d'être à l'abri de la faim⁴³ ». Cette règle en constitue le noyau dur. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels confirme ainsi que les États parties ont « l'obligation fondamentale d'adopter les mesures nécessaires pour lutter contre la faim, [...] même en période de catastrophe naturelle ou autre⁴⁴ ». Plus précisément, il ajoute que le contenu essentiel du droit à une nourriture suffisante est respecté lorsque deux conditions sont réalisées : a) « la disponibilité de nourriture exempte de substances nocives et acceptable dans une culture déterminée, en quantité suffisante et d'une qualité propre à satisfaire les besoins alimentaires de l'individu » ; et b) « l'accessibilité ou possibilité d'obtenir cette nourriture d'une manière durable et qui n'entrave pas la jouissance des autres droits de l'homme »⁴⁵. Le droit à une nourriture suffisante dépasse ainsi largement la simple question de la quantité d'aliments disponibles. Il faut que ces aliments répondent à certains critères de qualité⁴⁶.

En temps d'occupation, cette obligation trouve sa concrétisation dans le devoir soit d'assurer l'approvisionnement du territoire, soit d'accepter et de faciliter le déploiement d'opérations de secours. Les droits économiques, sociaux et culturels rejoignent ici l'approche du droit international humanitaire en ce qu'ils imposent une obligation d'agir ou, à défaut, de ne pas faire obstacle. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a mis en évidence cette dualité en rappelant que le droit à une nourriture suffisante comprend d'une part l'obligation de *donner effet*, c'est-à-dire « de *prêter assistance* et [...] de *distribuer des vivres* », et d'autre part celle de *ne pas empêcher* « l'accès à l'aide

41 *Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, article 11. Voir A. Eide, *supra* note 9, p. 133. Pour un exemple d'application du droit à un niveau de vie suffisant en temps d'occupation, voir *Rapports du Comité spécial chargé d'enquêter sur les pratiques israéliennes affectant les droits de l'homme du peuple palestinien et des autres Arabes des territoires occupés*, A/58/311, 22 août 2003, paragraphes 44ss.

42 Article 12.

43 *Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, article 11, paragraphe 2.

44 Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale N° 12*, *supra* note 15, paragraphe 6.

45 *Ibid.*, paragraphe 8. Sur ce point particulier, voir Künneman Rolf., « The Right to Adequate Food: Violations related to its Minimum Core Content », *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, A. Chapman, S. Russell (eds), Antwerp (etc.), Intersentia, 2002, pp. 161-183.

46 Sur ce point, voir *Observation générale N° 12*, *supra* note 15, paragraphe 7.

alimentaire à caractère humanitaire en cas de conflit interne ou d’autres situations d’urgence⁴⁷».

Il peut ainsi y avoir par exemple violation du noyau dur du droit à une nourriture suffisante lorsque les forces d’occupation détruisent les réserves d’alimentation de la population civile, lorsqu’elles en affectent les moyens de production, notamment en diffusant des mines dans des zones agricoles, en déplaçant des communautés de paysans ou de pêcheurs, en immobilisant le réseau de transport qui permet la distribution de l’approvisionnement ou encore en bloquant l’accès à certains services de base (obligation de respecter)⁴⁸. Il en va de même lorsque la Puissance occupante n’adopte pas les mesures nécessaires pour empêcher les tiers éventuels qui se rendraient responsables de pratiques similaires (obligation de protéger). Enfin, cette obligation de base peut requérir de l’occupant qu’il adopte certaines mesures positives (obligation de donner effet). Il devra notamment mettre en place un système de distribution efficace des secours en tenant compte des besoins des personnes les plus vulnérables, notamment des enfants, des personnes âgées et des handicapés⁴⁹.

En matière de santé, le contenu normatif minimal se compose d’éléments relevant tant des soins de santé que des mesures de prévention. Il suppose par exemple les obligations de garantir l’accès sans discrimination aux équipements, produits et services sanitaires, l’approvisionnement suffisant en eau salubre et potable ou encore la possibilité d’obtenir les médicaments essentiels tels que définis par l’Organisation mondiale de la Santé⁵⁰. L’inexécution de ces obligations ne peut être justifiée « absolument dans aucun cas ». Par conséquent, il s’agit d’obligations auxquelles « il est impossible de déroger »⁵¹. D’autres règles doivent aussi être considérées, selon les termes même du Comité des

47 Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale N° 12, supra* note 15, paragraphes 15 et 19. Suite à l’invasion du Koweït en août 1990, 22 000 personnes s’étaient réfugiées dans l’ambassade des Philippines. Les troupes irakiennes avaient interdit l’approvisionnement de ces personnes, violant ainsi le droit à l’alimentation, comme le confirma par la suite le Rapporteur spécial des Nations Unies chargé de rendre compte de ces événements; voir *Rapport sur la situation des droits de l’homme dans le Koweït sous occupation iraquienne, supra* note 2, paragraphe 222. Dans ses observations finales de 2001 adressées à Israël, le Comité avait par exemple reproché au gouvernement d’avoir renvoyé des missions internationales d’approvisionnement en faveur des civils résidant dans les territoires occupés, notamment celles du Comité international de la Croix-Rouge; *Observations finales, Israël, E/C.12/1/Add.69*, 31 août 2001, paragraphe 13.

48 Voir à titre d’exemple: Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observations finales, Israël, E/C.12/1/Add.90*, 26 juin 2003.

49 Pour plus de détails, voir Rolf Künneinan, *supra* note 45, pp. 177ss.

50 Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale N° 14 (2000), Le droit au meilleur état de santé susceptible d’être atteint (article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)*, E/C.12/2000/4, 11 août 2000, paragraphe 43. Voir aussi *Rapport de la Conférence internationale sur les soins de santé primaires*, Alma-Ata, 6-12 septembre 1978, Série « Santé pour tous », N° 1, OMS, Genève, 1978, chapitre 3, paragraphe 50. Sur ce sujet, voir Audrey R. Chapman, « Core Obligations Related to the Right to Health », *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, A. Chapman, S. Russell (eds), Antwerp (etc.), Intersentia, 2002, pp. 185-215.

51 Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale N° 14, supra* note 50, paragraphe 47.

droits économiques, sociaux et culturels, comme « tout aussi prioritaires »⁵². Il s'agit notamment de l'obligation de vacciner les populations contre les principales maladies infectieuses, de prendre des mesures pour prévenir, traiter et maîtriser les maladies épidémiques et endémiques ou encore d'assurer une éducation et un accès à l'information sur les principaux problèmes de santé⁵³. Ces règles font également partie du noyau dur du droit à la santé.

Dans le domaine de la santé, comme dans celui de l'alimentation, les droits économiques, sociaux et culturels tendent ainsi à expliciter ce que le droit de l'occupation se contente d'évoquer⁵⁴. Le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la situation des droits de l'homme dans le Koweït sous occupation iraquienne a ainsi rappelé que l'évaluation du comportement de l'occupant à la lumière des seuls articles 55 et 56 de la Convention IV de Genève ne permettait pas de saisir toute l'ampleur et la gravité des violations commises. Selon lui, « [t]he true significance of these events was only elucidated by recourse to the concept of the right to health as guaranteed by the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights⁵⁵ ».

Réalisation progressive du droit à une nourriture suffisante et du droit à la santé

La contribution des droits de l'homme ne se limite toutefois pas à un exercice de clarification normative. Au-delà de ces obligations minimales, d'autres obligations appellent une mise en œuvre progressive en matière d'alimentation et de santé. Les droits économiques, sociaux et culturels développent sur ce point le droit de l'occupation qui reste général lorsqu'il s'agit de définir un cadre normatif sur le long terme. Cet apport est d'autant plus utile lorsque l'occupation tend à se stabiliser et à se prolonger. Ainsi, le droit à une nourriture suffisante ne se réduit pas à l'obligation minimale de lutter contre la faim. Comme le rappelle le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, ce droit « ne doit [...] pas être interprété dans le sens étroit ou restrictif du droit à une ration minimum de calories, de protéines ou d'autres nutriments spécifiques⁵⁶ ». S'il suppose que soient adoptées certaines mesures immédiates pour en assurer le contenu essentiel, il requiert aussi une démarche sur le long terme en vue de réaliser progressivement son plein exercice⁵⁷. Au-delà de la phase d'urgence, l'occupant ne peut donc plus se contenter de distribuer des vivres à la population civile. Le système des droits de l'homme prévoit que celle-ci puisse accéder

52 *Ibid.*, paragraphe 44.

53 *Ibid.*, paragraphe 44.

54 N. Lubell suggère quant à lui que les droits de l'homme constituent ainsi une *lex specialis* en matière de santé; Noam Lubell, « Challenges in Applying Human Rights Law to Armed Conflict », *Revue internationale de la Croix Rouge*, Vol. 87, N° 860, décembre 2005, p. 751. Voir aussi Heintze Hans-Joachim, « On the Relationship Between Human Rights Law Protection and International Humanitarian Law », *Revue internationale de la Croix Rouge*, Vol. 86, N° 856, décembre 2004, p. 795.

55 Walter Kälin, *Human rights in Times of Occupation: The Case of Kuwait*, Berne, LBE, 1994, p. 28.

56 *Observation générale N° 12, supra* note 14, paragraphe 6.

57 *Ibid.*, paragraphes 6 et 16.

aux ressources et moyens qui lui permettront d’assurer sa propre subsistance⁵⁸. Dans ce but, l’occupant doit mettre en place « des mesures portant sur *tous* les aspects du système alimentaire, à savoir la production, le traitement, la distribution et la consommation de produits alimentaires salubres, ainsi que des mesures parallèles dans les domaines de la santé, de l’éducation, de l’emploi et de la sécurité sociale⁵⁹ ». Cela signifie en particulier qu’il a le devoir de garantir que les ressources naturelles servant à la production alimentaire soient gérées de manière durable⁶⁰.

En matière de santé également, les droits de l’homme obligent les autorités à se positionner par rapport à l’avenir, lorsque l’occupation se prolonge. Il s’agira par exemple d’élaborer « une stratégie et un plan d’action en matière de santé publique »⁶¹. Ces instruments reposeront sur des données statistiques décrivant les besoins de la population locale, ainsi que sur une évaluation et un réajustement périodiques des activités entreprises. De l’avis du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, la planification de la politique de santé fait partie des exigences essentielles du droit à la santé⁶².

Les réformes destinées à assurer un niveau de vie suffisant dans les territoires occupés ne doivent cependant pas excéder la retenue qu’impose le droit de l’occupation. Le principe de la continuité de l’ordre juridique impose certaines limites dans ce cas qui ne s’appliquent pas aux mesures adoptées par un État sur son propre territoire en temps de paix. En matière d’alimentation, par exemple, il convient de s’interroger séparément sur les différentes obligations qui s’imposent aux États. Certaines prescriptions du Pacte sont en effet admissibles au regard du droit de l’occupation, comme celle qui consiste à « améliorer les méthodes de production, de conservation et de distribution des denrées alimentaires par la pleine utilisation des connaissances techniques et scientifiques, par la diffusion de principes d’éducation nutritionnelle⁶³ ». Leur mise en œuvre ne suppose en effet pas de changements en profondeur dans la structure juridique et institutionnelle du pays. D’autres prescriptions, en revanche, comme celles qui impliquent « le développement ou la réforme des régimes agraires »⁶⁴, risquent d’être problématiques à cet égard. En matière de santé, les obligations prévues par le Pacte ne semblent pas heurter le principe de la continuité de l’ordre juridique. Il est en effet possible, sans transformer en

58 *Ibid.*, paragraphe 15.

59 *Ibid.*, paragraphe 25.

60 *Ibid.* Sur ce point, les droits de l’homme se recoupent d’ailleurs avec le droit de l’occupation. Voir *Règlement de La Haye de 1907*, article 55. Cette disposition prévoit que l’occupant ne peut exploiter les biens immobiliers (y compris les ressources naturelles) et les exploitations agricoles de l’État occupé qu’en tant qu’« administrateur et usufruitier ». À ce titre, il est tenu de « sauvegarder le fonds de ces propriétés ».

61 Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale N° 14, supra* note 50, paragraphe 43.

62 *Ibid.* Pour une analyse plus détaillée des obligations de respecter, protéger et mettre en œuvre le noyau dur du droit à la santé, voir Audrey R. Chapman, *supra* note 50, pp. 205ss.

63 Article 11, paragraphe 2 (a).

64 *Ibid.*

profondeur les structures d'une société, de garantir, par exemple, « [l]a prophylaxie et le traitement des maladies épidémiques, endémiques, professionnelles et autres, ainsi que la lutte contre ces maladies » ou « [l]a création de conditions propres à assurer l'accès à tous les services médicaux et une aide médicale en cas de maladie »⁶⁵.

L'exemple de l'alimentation et de la santé montre ainsi que les obligations de l'occupant ne se réduisent pas au minimum défini par le droit international humanitaire. Elles doivent être envisagées dans une optique englobant l'apport complémentaire des droits de l'homme.

La propriété

En matière de propriété, l'articulation des droits économiques, sociaux et culturels et du droit de l'occupation se trouve dans une tout autre configuration. À quelques exceptions près, les droits de l'homme ne sont pas suffisamment développés dans ce domaine pour pouvoir en tirer un contenu normatif à la fois universel et précis. Contrairement à ce qui se passe dans les domaines de l'alimentation et de la santé, le droit de l'occupation offre dans ce cas la réglementation la plus spécifique. Le noyau dur de la garantie de la propriété se confond ainsi avec les prescriptions du droit humanitaire. Le respect de ces prescriptions doit être immédiat. Rien n'autorise dans ce cas une mise en œuvre progressive des obligations de l'occupant.

Les droits de l'homme

L'article 17, paragraphe 2, de la Déclaration universelle des droits de l'homme prévoit que « nul ne peut être privé arbitrairement de sa propriété ». Ce principe n'a cependant été repris dans aucun des deux Pactes de 1966 qui visaient à concrétiser sous forme conventionnelle les dispositions de la Déclaration. Les travaux préparatoires de ces deux instruments montrent que les délégations qui y participèrent ne réussirent pas à s'entendre sur l'étendue du principe de l'article 17, paragraphe 2, et sur les limitations qui devaient y être ajoutées⁶⁶. Au niveau universel, il manque dès lors une base conventionnelle permettant d'appréhender les diverses dimensions d'une garantie de la propriété sous l'angle des droits de l'homme⁶⁷. Nous verrons toutefois que certains développements jurisprudentiels permettent de compenser en partie cette carence.

Au niveau régional, les systèmes européen, américain et africain de protection des droits de l'homme proposent chacun une disposition conventionnelle reconnaissant l'existence et définissant les contours du droit à la propriété. Sous certaines conditions, ces règles autorisent des restrictions à

65 *Pacte*, article 12, paragraphe 2.

66 Catarina Krause, « The Right to Property », *Economic, Social and Cultural Rights, A Textbook*, A. Eide, C. Krause, A. Rosas (eds), Dordrecht (etc.), Nijhoff, 2001 (2nd ed.), p. 194.

67 Sur les fondements juridiques du droit à la propriété, voir *Ibid.*, pp. 194ss.

la jouissance de la propriété⁶⁸. L’article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l’homme prévoit par exemple que « [t]oute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens ». Il ajoute que toute limitation à cette règle n’est acceptable que si elle répond à un intérêt public, est conforme aux droits interne et international et respecte le principe de la proportionnalité⁶⁹. Les États jouissent cependant d’un pouvoir discrétionnaire particulièrement large dans l’évaluation de ces conditions. L’article 1^{er} du Protocole additionnel précise que la garantie de la propriété ne remet pas en cause le droit qu’ont ces derniers de « mettre en vigueur les lois qu’ils jugent nécessaires pour réglementer l’usage des biens conformément à l’intérêt général [...] » (nous soulignons). En insistant autant sur la liberté d’appréciation des parties contractantes, la force obligatoire de cette disposition s’en trouve considérablement affaiblie. Un observateur a même évoqué le caractère mou ou « soft » de l’article premier⁷⁰. Les textes américain et africain n’offrent pas davantage de précisions en la matière. C’est donc de cas en cas, à la lumière de la jurisprudence des organes d’application des traités régionaux, que l’on peut tenter de comprendre quelles peuvent être les implications concrètes du droit à la propriété. Or, la pratique internationale en la matière est réduite, voire inexistante pour le cas particulier de la protection de la propriété en temps d’occupation.

Les droits de l’homme apparaissent ainsi comme un appui bien faible sur cette question⁷¹. Il faut dès lors se tourner vers le droit international humanitaire. Ce dernier propose en l’occurrence un régime normatif plus détaillé, composé de règles relatives au traitement des biens publics ou privés. Ces règles interdisent d’une part de détruire ces biens, sauf exception, et fixent d’autre part des limites à leur appropriation ou réquisition par les forces d’occupation.

La destruction des biens dans le droit de l’occupation

L’article 53 de la Convention IV de Genève interdit à la Puissance occupante de détruire tout type de biens mobiliers ou immobiliers, publics ou privés, « sauf dans les cas où ces destructions seraient rendues absolument nécessaires par les

68 *Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l’Homme et des Libertés fondamentales*, 20 mars 1952, tel qu’amendé par le *Protocole n° 11* du 11 mai 1994, entré en vigueur le 1^{er} novembre 1998, article 1 ; *Convention Américaine relative aux droits de l’homme*, entrée en vigueur 18 juillet 1978, OAS Treaty Series N° 36, 1144, article 21 ; *Charte Africaine des Droits de l’Homme et des Peuples*, entrée en vigueur le 21 octobre 1986, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, article 14.

69 Pour une analyse de cette disposition, voir Luigi Condorelli, « Premier Protocole additionnel, article 1 », *La Convention européenne des droits de l’homme, Commentaire article par article*, L.E. Pettiti, E. Decaux, P.H. Imbert (éd.), Paris, Economica, 1995, pp. 972-997.

70 *Ibid.*, p. 972.

71 Il arrive toutefois que l’Assemblée générale des Nations Unies invoque la Déclaration universelle des droits de l’homme pour rappeler que les réfugiés palestiniens ont le droit de se réapproprier les biens dont ils sont privés en raison de l’occupation israélienne. Voir notamment *Biens appartenant à des réfugiés de Palestine et produit de ces biens*, Rés. 61/115, du 14 décembre 2006.

opérations militaires »⁷². Il impose dès lors une pesée d'intérêts à effectuer de cas en cas entre les avantages militaires escomptés et le préjudice commis⁷³. La Puissance occupante a l'obligation de procéder à cet examen sous l'angle de la stricte nécessité⁷⁴. Dans ce but, elle doit également tenir compte des autres normes de droit international humanitaire relatives au respect de certains biens. Elle ne peut notamment procéder en aucun cas à des destructions de biens culturels ou de biens privés à titre de représailles⁷⁵. Le cas échéant, lorsque des actions de résistance à l'occupation prennent la forme de véritables combats militaires, les règles relatives à la protection des biens de caractère civil au cours des hostilités trouvent application⁷⁶.

Par ailleurs, certains objets sont protégés de manière absolue. Ils ne peuvent pas être détruits intentionnellement au titre de l'exception figurant à l'article 53. Il s'agit notamment des établissements sanitaires fixes des forces armées et de leur matériel⁷⁷, des unités sanitaires militaires ou civiles⁷⁸, des biens des communes, de ceux des établissements consacrés « aux cultes, à la charité et à l'instruction, aux arts et aux sciences », ainsi que des monuments historiques, et des œuvres d'art et de science⁷⁹. Les biens culturels font d'ailleurs l'objet d'une protection renforcée. Le Règlement de 1907 interdit sans exception leur saisie, destruction et dégradation intentionnelle et oblige même les États à poursuivre toute personne qui ne respecterait pas cette obligation⁸⁰. La Convention de 1954, spécifiquement consacrée à cette problématique, ajoute que ses Parties contractantes ont le devoir supplémentaire de contribuer à la sauvegarde et à la conservation de ces biens dans les territoires soumis à leur autorité par voie d'occupation, notamment en procédant à des mesures de contrôle ou au transfert d'objets menacés⁸¹.

72 En ce sens, quoique de manière moins explicite, voir aussi les art. 46 à 56 du Règlement de 1907. Sur l'interdiction des destructions, voir Eric David, *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 518.

73 Voir Jean Pictet (éd.), *supra* note 5, p. 325. Voir aussi Morris Greenspan, *supra* note 26, pp. 278ss. Lorsque ces destructions sont « exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire », elles constituent en outre des infractions graves à la IV^e Convention de Genève et, comme telles, doivent faire l'objet de poursuites pénales. *Convention IV*, articles 146 et 147; voir notamment à ce sujet, dans la jurisprudence du TPIY, les *Affaire Naletilic*, Jugement du 31 mars 2003, paragraphes 574ss; *Affaire Kordic*, Jugement du 26 février 2001, paragraphe 341.

74 Sur la notion de nécessité dans l'article 53, voir Gerhard Von Glahn, *supra* note 26, pp. 224ss.

75 *Convention IV*, article 33, paragraphe 3. C. Rousseau cite le cas d'un soldat allemand condamné en 1949 par la Cour spéciale de cassation des Pays-Bas pour avoir incendié plusieurs maisons de civils en représailles pour des actes de sabotage commis par des inconnus (arrêt *Wintgen*, N° 178, du 6 juillet 1949, dans C. Rousseau, *Le droit des conflits armés*, Paris, Pedone, 1983, p. 165).

76 *Protocole I*, articles 52ss.

77 *Convention I*, article 33, paragraphes 2 et 3.

78 *Protocole I*, article 12, paragraphe 1.

79 *Règlement de La Haye de 1907*, article 56. Voir à ce sujet Gerhard Von Glahn, *supra* note 26, p. 191.

80 Article 56, paragraphe 2.

81 Voir *Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, article 5, et son *Règlement d'exécution*, notamment les articles 2 a) et 19. Voir aussi le *Protocole pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé* (1954), qui interdit l'exportation des biens culturels hors des territoires occupés. La Commission arbitrale Erythrée/Ethiopie a par exemple estimé que la Stèle de Matara (datant d'il y a 2500 années environ) avait été délibérément détruite par des forces éthiopiennes en violation du

Si l’interdiction de la destruction des biens en territoires occupés est circonscrite de manière assez précise en droit international humanitaire, elle n’est pas entièrement étrangère au régime des droits de l’homme. Elle a été examinée principalement en liaison avec le droit au logement. Dans ses observations finales de 2003 relatives à Israël, le Comité des droits de l’homme des Nations Unies a par exemple condamné « les actions à caractère en partie punitif selon lui que constituent les démolitions de biens et d’habitations dans les territoires occupés⁸² ». Selon cet organisme, ces pratiques contreviennent à plusieurs dispositions du Pacte des droits civils et politiques de 1966, à savoir le droit de ne pas être l’objet d’immixtions arbitraires dans son domicile, le droit de choisir librement sa résidence, l’égalité de tous devant la loi et le droit de toutes les personnes à une égale protection de la loi, et le droit de ne pas être soumis à la torture ou à des traitements cruels et inhumains⁸³. Sur ce point, le droit international humanitaire et les droits de l’homme se rejoignent, mais le premier reste plus complet et détaillé que le second.

L’appropriation des biens dans le droit de l’occupation

Le droit de l’occupation établit par ailleurs une réglementation précise en relation avec l’appropriation des biens. S’il interdit le pillage sous toutes ses formes et sans aucune exception, il admet que certains biens puissent être réquisitionnés par les forces d’occupation. Il convient à cet égard de distinguer les biens publics des biens privés.

Le pillage, c’est-à-dire l’appropriation injustifiée et violente de biens ennemis d’une certaine valeur⁸⁴, est interdit à la fois par le Règlement de La

droit coutumier (les deux États n’étant pas parties à la Convention de 1954), en particulier celui que reflètent les articles 56 du Règlement de 1907, 53 de la IV^e Convention de Genève et 52 du Protocole additionnel I. En revanche, l’application de l’article 53 du Protocole additionnel I est incertaine, selon la Commission, étant donné le type de monuments historiques couverts par cette disposition. Voir *Central Front, Eritrea’s Claims N° 2*, 4, 6, 7, 8, 22 (2004), paragraphes 107ss. Voir aussi *Ibid.*, paragraphes 58ss et 85ss. *Central Front, Ethiopia’s Claims N° 2* (2004), paragraphes 43 et 75; *Civilians Claims, Ethiopia’s Claims N° 5* (2004), paragraphes 133, 135.

82 Comité des droits de l’homme, *Observations finales, Israël*, CCPR/CO/78/ISR, 21 août 2003, paragraphe 16.

83 Respectivement articles 17, 12, 26 et 7. De manière similaire le Comité contre la torture des Nations Unies a considéré que « Israeli policies on house demolitions may, in certain instances, amount to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment »; *Conclusions and recommendations: Israel*, A/57/44(SUPP), 25 septembre 2002, paragraphe 6 j). Pour d’autres exemples, voir Eric David, *supra* note 72, p. 519; Catarina Krause, *supra* note 66, pp. 207-208.

84 Pour une réflexion sur la notion de pillage et ses implications en droit international humanitaire, voir TPIY, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Zejnil Delalic et consorts*, IT-96-21-T, paragraphes 584-592. La Chambre rappelle d’ailleurs que selon les textes, ce même comportement est tantôt qualifié de « pillage », « plunder » ou « spoliation », paragraphe 591. Voir aussi Gerhard Von Glahn, *supra* note 26, pp. 228ss; Alwyn V. Freeman, « Responsibility of States for Unlawful Acts of their Armed Forces », *Recueil des Cours de l’Académie de droit international*, 1955, Vol. 2, pp. 325-343. Les exemples sont innombrables. Voir entre autres : Commission des droits de l’homme, *Rapport sur la situation des droits de l’homme dans le Koweït sous occupation iraquienne*, *supra* note 2, paragraphes 224ss; Eritrea-Ethiopia Claims Commission, *Partial Award, Central Front, Ethiopia’s Claim 2*, 28 avril 2004, paragraphes 71ss.

Haye de 1907 (art. 47) et par la Convention IV (art. 33)⁸⁵. Cette règle est par ailleurs de nature coutumière⁸⁶. La portée de cette protection est vaste. Elle s'étend « à la fois aux actes généralisés et systématiques, de confiscation et d'acquisition de biens en violation des droits des propriétaires et aux actes isolés de vol ou de pillage commis par des individus œuvrant dans leur propre intérêt⁸⁷ ». Elle couvre par ailleurs toutes les catégories de biens, qu'ils soient publics ou privés. Il suffit que les actes commis visent des « biens ayant suffisamment de valeur pour que leur appropriation illégale ait des conséquences graves pour les victimes »⁸⁸.

Dans l'*Affaire des activités armées sur le territoire du Congo* (2005), la Cour internationale de Justice a établi par exemple que l'Ouganda n'avait pas pris les mesures nécessaires pour empêcher l'exploitation de certaines ressources naturelles, notamment de mines d'or et de diamants, en RDC. En tant que Puissance occupante, l'Ouganda aurait dû lutter contre le trafic pratiqué non seulement par des membres de ses forces armées, mais aussi par les personnes privées présentes dans la région⁸⁹. Selon la Cour, ce comportement constituait une violation des articles 47 du Règlement de 1907 et 33 de la IV^e Convention de 1949⁹⁰. La Cour fait aussi remarquer dans le même arrêt que le droit international humanitaire et les droits de l'homme se recourent en partie sur la question du pillage. La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, applicable en l'espèce, interdit la « spoliation » et prévoit que le peuple victime de cette infraction a droit à réparation⁹¹. La protection accordée par la Charte africaine n'est toutefois pas aussi étendue que celle du droit humanitaire. Cet instrument n'envisage l'interdiction de la spoliation que comme un droit collectif, appartenant au « peuple », et non comme un droit individuel⁹².

Tout en interdisant le pillage de manière absolue, le droit de l'occupation autorise l'appropriation ou l'utilisation des biens se trouvant sur le terri-

85 Règlement de 1907, article 47 ; Convention IV, article 33, paragraphe 2. Voir Jean Pictet (éd.), *supra* note 5, p. 244.

86 *Droit international humanitaire coutumier, Volume I: Règles*, Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck (éd.), CICR/Bruylant, 2006: Règle 52 (et pratique annexée). Voir notamment TPIY, *Affaire Kordic*, jugement, paragraphe 351.

87 TPIY, *Affaire Kordic*, jugement du 26 février 2001, paragraphe 352.

88 *Ibid.*

89 CIJ, *Activités armées*, *supra* note 3, paragraphe 248. Dans son commentaire de 1956, le CICR avait déjà reconnu cette dualité. À propos de l'article 33, il avait considéré que « [I]es Hautes Parties contractantes s'interdisent d'ordonner aussi bien que d'autoriser le pillage » et qu'elles « s'obligent de surcroît à empêcher et, le cas échéant, à réprimer le pillage individuel » (Jean Pictet (éd.), *supra* note 5, p. 244).

90 CIJ, *Activités armées*, *supra* note 3, paragraphes 327ss.

91 *Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples*, article 21, paragraphe 2 ; CIJ, *Activités armées*, *supra* note 3, paragraphe 245.

92 La Commission arbitrale Erythrée/Ethiopie met aussi en exergue le pillage massif qui fut commis dans l'affaire qui lui est soumise. Elle souligne que la puissance occupante est responsable du maintien de l'ordre public dans le territoire occupé et qu'elle a l'obligation de prévenir le pillage (articles 43, 46-47 du Règlement de 1907). En l'occurrence, l'Ethiopie est responsable pour avoir permis ces pillages sans s'y opposer comme le droit l'exige. Toutefois, la Commission admet aussi que toute violation en la matière n'aurait pu être raisonnablement empêchée par les autorités de la force occupante. Elle décide dès lors d'attribuer pour responsabilité à l'Ethiopie 75% des actes de pillage commis dans la zone (*Central Front, Eritrea's Claims N°s 2, 4, 6, 7, 8, 22* (2004), paragraphes 67ss).

toire occupé dans un nombre de cas limités⁹³. L’occupant est d’abord en droit de saisir les biens publics mobiliers « de nature à servir aux opérations de la guerre⁹⁴ ». La saisie est admise lorsque trois conditions sont remplies : a) les biens en question sont propriété de l’État ; b) ils sont de nature mobilière ; et c) ils sont susceptibles de contribuer aux besoins de l’armée. Dans une formule non exhaustive, le Règlement de La Haye autorise l’occupant à s’approprier « le numéraire, les fonds et les valeurs exigibles appartenant en propre à l’État, les dépôts d’armes, moyens de transport, magasins et approvisionnements⁹⁵ ». Inversement, n’entrent pas dans cette catégorie les biens publics à usage exclusivement civil, tels que « ceux des établissements consacrés aux cultes, à la charité et à l’instruction, aux arts et aux sciences » ou encore les monuments historiques⁹⁶. Enfin, les biens des communes doivent être considérés comme des propriétés privées et échappent par conséquent eux aussi au droit de saisie⁹⁷.

Quant aux biens publics immobiliers, ils sont soumis au régime de l’usufruit⁹⁸. L’occupant est en droit de jouir de leur production, mais est tenu d’en sauvegarder le fonds. Il peut par exemple consommer ou vendre ce que produisent les terres appartenant à l’État, ou s’approprier le produit des péages routiers ou fluviaux. En revanche, il n’a pas le droit d’aliéner, de quelque manière que ce soit, ces propriétés. De même, l’usage qu’il en fera doit rester « normal », c’est-à-dire correspondre à la pratique existant avant l’occupation⁹⁹. La surexploitation des biens publics immobiliers est contraire au droit de l’occupation. La règle de l’usufruit vaut par exemple pour tous les édifices, les forêts et les exploitations agricoles appartenant à l’État occupé¹⁰⁰. Comme l’a rappelé la Cour internationale de Justice dans son arrêt sur les *Activités armées en République démocratique du Congo* (2005), toute autre forme d’appropriation des ressources naturelles par la Puissance occupante doit être assimilée à du pillage¹⁰¹.

Durant l’occupation du Timor oriental par l’Indonésie, il a été démontré que les forêts de ce pays ont été exploitées largement au-delà de la limite fixée par la règle de l’usufruit. En 1999, c’est-à-dire à la fin de cette occupation, l’état de la plupart de ces forêts ne permettait plus de satisfaire les besoins

93 Sur ce point, voir Gerhard Von Glahn, *supra* note 26, pp. 176ss ; Myres S. McDougal, Florentino P. Feliciano, *The International Law of War, Transnational Coercion and World Public Order*, Dordrecht (etc.), Nijhoff, 1994, pp. 809ss.

94 *Règlement de La Haye de 1907*, article 53, paragraphe 1. Sur cette disposition, voir Gerhard Von Glahn, *supra* note 26, pp. 180-181. Sur les biens publics dans les territoires occupés, voir Morris Greenspan, *supra* note 26, pp. 287ss ; Charles Rousseau, *supra* note 74, pp. 159ss ; Eric David, *supra* note 71, pp. 521ss.

95 Article 53, paragraphe 1. Gerhard von Glahn estime que le nombre de biens qui entrent dans cette catégorie est potentiellement très vaste. Il déclare que « in view of the increasing technological character of modern war, [...] few articles and commodities owned by the enemy state escape seizure by an occupant by reason of their lack of adaptability to war use », G. Von Glahn, *supra* note 26, p. 181.

96 *Règlement de La Haye de 1907*, article 56.

97 *Ibid.*

98 *Ibid.*, article 55. A ce sujet, voir notamment Julius Stone, *Legal Controls of International Conflicts*, New York, Rinehart, 1959 (2nd impr.), pp. 714-715.

99 Gerhard Von Glahn, *supra* note 26, p. 177.

100 *Règlement de La Haye de 1907*, article 55.

101 CIJ, *Activités armées*, *supra* note 3, paragraphe 245.

primaires des populations locales. Ces dernières se voyaient ainsi privées d'un milieu essentiel pour la récolte de nourriture, de plantes médicinales, de bois de chauffage et de fourrage. De même l'érosion des sols risquait d'affecter gravement la production agricole et les ressources en eau¹⁰². Le non-respect de l'article 55 du Règlement de La Haye de 1907 aboutit ainsi, dans les cas extrêmes, à des violations simultanées de certains droits économiques, sociaux et culturels, notamment du droit à une nourriture suffisante et du droit à la santé.

Enfin, même si le droit conventionnel ne le dit pas explicitement, la pratique montre que les revenus ainsi acquis doivent être utilisés exclusivement pour financer les dépenses liées à l'occupation. Il serait en effet paradoxal de considérer que l'utilisation des fruits provenant de biens immobiliers ne connaîtrait pas de limites, alors que les contributions en argent ou les réquisitions ne peuvent être exigées que dans certains buts déterminés, à savoir les besoins de l'armée d'occupation ou de l'administration du territoire¹⁰³. Le Tribunal pénal de Nuremberg a considéré que les dispositions du Règlement de La Haye relatives à la propriété publique « make it clear that under the rules of war, the economy of an occupied country can only be required to bear the expenses of the occupation [...] »¹⁰⁴.

En pratique, l'application de la règle de l'usufruit aux biens publics immobiliers ne va cependant pas sans soulever nombre d'interrogations. Qu'en est-il notamment des biens, comme les réserves de pétrole ou de gaz, qui ne produisent pas des fruits à proprement parler, mais des produits non renouvelables ? Peut-on appliquer la règle de l'usufruit dans ce cas, étant donné que toute forme d'exploitation porte forcément atteinte aux fonds de production et menace, à terme, la capacité même d'en tirer des revenus ? Si l'on répond positivement à cette question, quelle est la limite de « normalité » au-delà de laquelle l'exploitation doit être considérée comme excessive et donc contraire à l'article 55 du Règlement de La Haye ? L'occupant a-t-il le droit d'améliorer les moyens et les techniques de

102 Commission for Reception, Truth and Reconciliation in East-Timor, *Final Report*, janvier 2006, paragraphes 48-49. La production de bois de santal fut par ailleurs quasiment réduite à néant pendant l'occupation en raison de sa surexploitation; voir *ibid.*, paragraphes 46-47.

103 *Règlement de La Haye de 1907*, articles 48, 49 et 52. En ce sens Antonio Cassese, « Powers and duties of an Occupant in relation to Land and Natural Resources », *International Law and the Administration of Occupied Territories, Two Decades of Israeli Occupation of the West Bank and the Gaza Strip*, E. Playfair (ed.), Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 428-429. La question est certes débattue dans la doctrine. Certains auteurs considèrent que, dans le silence de l'article 55, l'occupant serait en droit d'exploiter les biens immobiliers de l'État occupé pour atteindre des objectifs librement déterminés par lui, y compris pour développer sa propre économie nationale (notamment Gerhard Von Glahn, *supra* note 26, p. 177; Myres S. McDougal, Florentino P. Feliciano, *supra* note 93, pp. 812-813). Cette position va cependant à l'encontre de l'esprit du droit de l'occupation, qui, rappelons-le, vise à organiser la gestion provisoire d'un territoire, en attendant qu'une solution globale et permanente soit trouvée.

104 *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, Vol. 1, p. 239. Voir aussi *Flick and others*, US Military Tribunal at Nuremberg, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. IX, 1949, pp. 21-24; *The Law of Land Warfare - Field Manual*, Department of the Army, FM 27-10, 1956, paragraphe 363. En ce sens, voir aussi Julius Stone, *supra* note 98, p. 697. Pour d'autres exemples, voir R. Dobie Langenkamp, Rex J. Zedalis, « What Happens to the Iraqi Oil? Thoughts on Some Significant Unexamined International Legal Questions Regarding Occupation of Oil Fields », *European Journal of International Law*, Vol. 14, N° 3, 2003, pp. 430ss.

production en vue d’augmenter la qualité et/ou la quantité des ressources récoltées? Peut-il créer de nouvelles unités de prélèvement sur des gisements jugés insuffisamment performants¹⁰⁵ ?

Enfin, les biens appartenant à des personnes privées font l’objet d’une protection relativement stricte¹⁰⁶. Le Règlement de La Haye stipule que « la propriété privée [...] doit être respectée » et qu’elle « ne peut pas être confisquée »¹⁰⁷. Ce principe – que les États n’ont pas su reconnaître dans le système universel de protection des droits de l’homme – fait partie intégrante du droit de l’occupation. Il reste toutefois soumis à des restrictions.

Certaines catégories de biens liés aux communications, aux transports et au matériel de guerre, notamment toute espèce de munitions, peuvent d’abord être « saisis » provisoirement, même s’ils appartiennent à des individus et non à l’État. Ils seront restitués et accompagnés d’indemnités une fois la paix conclue¹⁰⁸. En dehors de ces biens utiles pour l’effort de guerre, les biens privés, qu’ils soient immobiliers ou non, doivent être respectés. Il est interdit à l’occupant de confisquer des réserves de nourriture, de s’approprier des valeurs ou de vendre des bâtiments appartenant à des individus. Il en va ainsi même si l’exploitation des biens en question se fait en vertu d’une concession octroyée par l’État occupé à un particulier ou à une société commerciale. Dans l’*Affaire des phares* (1956), un tribunal arbitral avait été amené à se prononcer sur la saisie des recettes de la Société française des phares à Salonique par les forces armées helléniques en 1912. Le tribunal avait considéré que ces recettes devaient être considérées comme des biens privés et, comme tels, ne pouvaient pas être saisies par l’État occupant. Il en aurait été autrement si ce service avait été exploité directement par l’État occupé¹⁰⁹.

L’occupant est en outre habilité à prélever des impôts, des droits et des péages établis au profit de l’État. Dans ce cas, il doit respecter les règles de l’assiette et de la répartition en vigueur. Le cas échéant, il peut prélever d’autres contributions pécuniaires, dans la mesure où les besoins de l’armée ou de l’administration du territoire le justifient¹¹⁰.

Enfin, en vertu de l’article 52 du Règlement de La Haye de 1907, des réquisitions en nature et des prestations de services obligatoires sont autorisées

105 L’analyse de ces questions dépasse le cadre de cet article. Le lecteur qui souhaite en savoir plus trouvera des éléments de réponse dans Antonio Cassese, *supra* note 103, pp. 419-442; Iain Scobbie, « Natural Resources and Belligerent Occupation: Mutation through Permanent Sovereignty », *Human Rights, Self-Determination and Political Change in the Occupied Palestinian Territories*, S. Bowen (ed.), The Hague (etc.), Nijhoff, 1997, pp. 221-290; Robert Kolb, Sylvain Vité, *supra* note 2.

106 *Règlement de La Haye de 1907*, article 46. Sur les biens privés dans les territoires occupés, voir Gerhard Von Glahn, *supra* note 26, p. 185ss; Morris Greenspan, *supra* note 26, pp. 293ss; Julius Stone, *supra* note 98, pp. 708ss; Charles Rousseau, *supra* note 75, p. 162; Eric David, *supra* note 72, pp. 527ss.

107 *Règlement de La Haye de 1907*, article 46.

108 *Ibid.*, article 53, paragraphe 2.

109 Tribunal arbitral franco-hellénique, *Affaire des phares*, Sentence du 24 juillet 1956, RSA, Vol. XII, pp. 200ss. Sur cette question, voir Charles Rousseau, *supra* note 75, pp. 160-161.

110 *Règlement de La Haye de 1907*, articles 48 et 49. Voir aussi art. 51. Pour une réflexion sur ces contributions, voir Morris Greenspan, *supra* note 26, pp. 227ss; Gerhard Von Glahn, *supra* note 26, pp. 161ss; Julius Stone, *supra* note 99, pp. 712-713.

sous certaines conditions¹¹¹. Cette catégorie couvre tous les « actes de contrainte imposés à la population civile par l'autorité occupante pour la satisfaction des besoins nés de la belligérance¹¹² ». Ces actes doivent avoir pour but exclusif la satisfaction de besoins de l'armée d'occupation¹¹³. Ils ne peuvent avoir pour finalité le soutien des opérations militaires en dehors du territoire occupé ou l'essor économique de l'occupant¹¹⁴. De même, les biens d'ornements ne peuvent pas être réquisitionnés¹¹⁵.

Les réquisitions doivent être « en rapport avec les ressources du pays¹¹⁶ ». Le Règlement pose ici le principe de proportionnalité à l'échelle du territoire occupé. La somme globale des réquisitions ne doit pas constituer une charge excessive compte tenu des ressources de celui-ci. Comme le précise la Convention IV de Genève, l'occupant a notamment le devoir de ne pas porter atteinte aux besoins fondamentaux de la population civile. Le pouvoir octroyé par l'article 52 ne saurait effacer son obligation d'assurer l'approvisionnement de celle-ci en vivres et en médicaments¹¹⁷. De même, les réserves des hôpitaux civils ne peuvent être réquisitionnées tant qu'elles sont utiles à la population civile¹¹⁸. Enfin, les personnes affectées doivent recevoir une indemnisation adéquate¹¹⁹. La somme versée doit correspondre à la « juste valeur »¹²⁰ des biens prélevés. Les prestations en nature seront en principe payées au comptant. À défaut, le propriétaire dépossédé recevra un reçu et devra se voir remboursé dès que possible¹²¹.

Conclusion

Le régime juridique de l'occupation a connu de profonds bouleversements depuis l'élaboration conventionnelle de ses fondements en 1907, puis en 1949. L'interaction du droit international humanitaire et des droits de l'homme a

111 Voir à ce sujet Gerhard Von Glahn, *Occupation*, pp. 165ss; Morris Greenspan, *supra* note 26, pp. 300ss; Charles Rousseau, *supra* note 75, p. 166.

112 Charles Rousseau, *supra* note 75, p. 166.

113 *Règlement de La Haye de 1907*, art. 52, paragraphe 1.

114 Pour une jurisprudence sur l'admissibilité des buts des réquisitions, voir Myres S. McDougal, Florentino P. Feliciano, *supra* note 93, pp. 817ss; Charles Rousseau, *supra* note 75, p. 167.

115 Gerhard Von Glahn dresse ainsi une liste assez longue des biens qui peuvent être réquisitionnés. Elle comprend notamment les animaux, les véhicules, les terrains, les habitations, les usines, les machines et la nourriture. Même les biens de consommation de luxe, comme les cigares et les alcools, peuvent être réquisitionnés selon l'auteur, « s'il y en a en quantité suffisante ». Seul l'argent ne fait clairement pas partie de cette liste, puisqu'il ne peut être prélevé que par voie d'impôts, de péages ou d'autres formes de contributions; Gerhard Von Glahn, *supra* note 26, p. 167. Voir aussi sur ce point Morris Greenspan, *supra* note 26, p. 305.

116 *Règlement de La Haye de 1907*, art. 52.

117 *Convention IV*, art. 55, par. 2.

118 *Ibid.*, art. 57.

119 Plusieurs jugements ont ainsi obligé d'anciens occupants à dédommager des propriétaires dépossédés par voie de réquisition. Pour un rappel de cette jurisprudence, voir notamment Charles Rousseau, *supra* note 75, p. 168.

120 *Convention IV*, art. 55, par. 2.

121 *Règlement de La Haye de 1907*, art. 52, par. 3. Voir aussi *Convention IV*, art. 55, par. 2. Voir Myres S. McDougal, Florentino P. Feliciano, *supra* note 93, pp. 821-822.

conduit à la fois à un élargissement et un enrichissement de ce système normatif. Il y a eu élargissement, puisque les droits de l’homme instituent parfois des protections nouvelles par rapport à celles du droit humanitaire. Il y a eu approfondissement lorsque leur contenu est suffisamment détaillé pour concrétiser certaines dispositions figurant dans le Règlement de La Haye ou la Convention IV de Genève.

Cette évolution n’est toutefois pas uniforme. Elle doit être analysée de cas en cas, c’est-à-dire en examinant chacun des domaines réglementés en temps d’occupation. Cet examen suppose d’abord une approche différenciée selon que l’on se penche sur les droits économiques, sociaux et culturels ou les droits civils et politiques. Chacune de ces deux branches répond en effet à des principes de mise en œuvre distincts¹²². Par ailleurs, même si l’on se concentre uniquement sur les droits économiques, sociaux et culturels, des différences persistent.

En ce qui concerne l’alimentation ou la santé, le droit international humanitaire et les droits de l’homme se recoupent largement lorsqu’il s’agit de répondre aux besoins immédiats de la population civile. En revanche, lorsque l’occupation se prolonge et que la situation se stabilise, les droits économiques, sociaux et culturels se révèlent essentiels pour mieux comprendre la portée des obligations qui incombent à la Puissance étrangère. Ils concrétisent l’obligation générale d’assurer la vie publique qui découle de l’article 43 du Règlement de La Haye de 1907. Leur relation au droit de l’occupation est celle de la complémentarité.

En matière de propriété, les deux régimes juridiques se trouvent dans un tout autre type de relation. Le droit international humanitaire se révèle dans ce cas plus complet et détaillé que le droit des droits de l’homme. Il n’y a pas complémentarité, mais effacement du second au profit du premier en vertu du principe de spécialité. Que ce soit à court terme ou à long terme, le régime juridique qui s’impose est le droit de l’occupation.

L’articulation des deux régimes juridiques en temps d’occupation ne peut ainsi pas être construite en recourant à un principe unique qu’il serait possible de suivre invariablement. Elle résulte d’un travail d’adaptation dicté en fonction des différents contenus normatifs des règles examinées. Deux catégories spécifiques ont été choisies ici pour illustrer cette délicate recherche d’équilibre. Il conviendra à l’avenir de poursuivre cet exercice en portant l’analyse vers d’autres domaines tels que le logement, le travail ou l’éducation¹²³.

122 Pour une analyse comparative des deux domaines en temps d’occupation, voir Robert Kolb, Sylvain Vité, *supra* note 2.

123 Voir Jonathan T. Horowitz, «The Right to Education in Occupied Territories: Making More Room for Human Rights in Occupation Law», *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 7, 2004, pp. 233-277.

Volume 90 Number 872 December 2008

INTERNATIONAL REVIEW

of the Red Cross

Humanitarian debate: Law, policy, action

Direct participation in hostilities



ICRC

REVUE
INTERNATIONALE
de la Croix-Rouge

Participation directe aux hostilités

ÉDITORIAL

De tout temps, les civils se sont livrés à des hostilités dans les situations de guerre. Lors du récent conflit à Gaza, une controverse a fait rage sur la question de savoir si Israël avait utilisé la force sans discrimination, car la majorité des victimes auraient été des civils désarmés. Israël s'est défendu en affirmant que la plupart des victimes étaient des combattants du Hamas ou des civils affrontant les forces israéliennes. Pendant la guerre en Irak, des milices et d'autres combattants sans uniforme ont défié la plus forte puissance militaire au monde. En Afghanistan, il est difficile de distinguer un Afghan pacifique d'un combattant taliban, ce qui provoque souvent la mort de civils. À Sri Lanka, un quart de million de personnes – des combattants des Tigres de libération de l'Eelam tamoul (LTTE) mêlés à la population civile – ont été piégées dans une zone de 250 kilomètres carrés au milieu d'intenses combats. Dans tout conflit interne, des insurgés travaillent dans leur ferme le jour et combattent la nuit. Les civils combattants qui redeviennent des fermiers pacifiques et demandent protection dans une sorte de chassé-croisé, entravent la capacité des forces armées d'opposition de réagir efficacement et risquent de les amener à porter des attaques mal ciblées ou arbitraires contre des civils.

La protection de la population civile est par conséquent en jeu. Il est indéniable que les guerres actuelles font davantage de victimes parmi les civils que parmi les soldats. Divers facteurs ont brouillé la distinction autrefois claire entre combattants et civils : les opérations militaires, qui autrefois se déroulaient sur des champs de bataille bien délimités et couvrent aujourd'hui des pays entiers (y compris les environnements urbains), le développement de la technologie et de l'industrie de guerre, l'augmentation du nombre de forces irrégulières participant aux conflits armés, et une tendance récente à confier à des entreprises privées des activités de guerre généralement conduites par les forces armées.

En adoptant des stratégies de guérilla – voire en mobilisant leur population civile pour qu'elle mène une guerre de guérilla en créant des forces dites « de légitime défense » qui combattent sans uniforme ni insigne – et en reconnaissant la belligérance contre des forces d'opposition organisées, les États ont eux-mêmes contribué à brouiller le concept de forces armées et introduit une

catégorie qui pourrait être appelée « combattants civils ». Pourtant, les violences clandestines commises par des individus relèvent toujours d'une justice ordinaire et souvent sommaire, comme toute forme de résistance civile à l'occupation militaire.

Les violences insurrectionnelles perpétrées par des civils – la « guerre populaire » de Clausewitz – ont contribué à rendre la distinction encore plus floue. D'une part, les parties non étatiques se fondent comme des poissons dans la mer civile et se cachent parmi les habitants et, d'autre part, l'asymétrie fréquente des forces incite les membres de la partie militaire la plus faible à se servir de la composante civile en se faisant passer pour des civils de façon à attaquer l'adversaire et/ou à se procurer des boucliers humains pour se protéger contre les attaques. Les partisans, les membres de la guérilla, les résistants et les terroristes qui soutiennent une partie à un conflit ne sauraient d'aucune manière être qualifiés de « civils pacifiques ».

Il y a quelque quatre cents ans, Grotius a écrit dans *De Jure Belli Ac Pacis* que ceux qui « sont vraiment les sujets des ennemis », y compris les femmes, les enfants, les captifs ou les otages, ou leurs biens, peuvent, en vertu du droit des gens, être attaqués. Mais il précisait qu'il est, « sinon de la justice, du moins de la charité, de ne rien entreprendre qui puisse menacer des innocents, à moins que ce ne soit pour des raisons de grande importance, et qui tendent au salut d'un grand nombre de gens », en particulier des femmes et des enfants, des membres des ordres religieux, des laboureurs, des marchands et des prisonniers. Alors que l'ensemble de la population de l'ennemi pouvait être prise pour cible, une distinction était néanmoins faite entre combattants et non-combattants, entre forces armées et population civile « innocente » qui ne participe généralement pas aux hostilités effectives.

Le droit international humanitaire est aujourd'hui en grande partie fondé sur cette distinction fondamentale entre combattants et civils, que la Cour internationale de Justice a incluse parmi ses « principes cardinaux », et qui constitue pour elle l'un des « principes intransgressibles du droit international coutumier ». En termes plus généraux, il s'agit de distinguer ceux qui participent aux hostilités de ceux qui ne le font pas.

Au sens strictement juridique du terme, on entend par combattants les membres des forces armées régulières de l'État. Ils sont les seuls à avoir le droit de participer aux hostilités et ne peuvent pas être punis pour l'avoir fait, pour autant qu'ils ne commettent pas de crime de guerre. Mais même ce statut a été – et est toujours – fortement mis à l'épreuve par le progrès des techniques militaires modernes. Les missions des forces armées comportent désormais des fonctions autres que le combat et le droit au statut de combattant s'étend dans certaines circonstances aux membres de forces armées irrégulières. Même les habitants d'un territoire non occupé qui prennent spontanément les armes à

l'approche de l'ennemi pour repousser les envahisseurs peuvent avoir droit aux privilèges réservés aux combattants.

Les civils ont par ailleurs commencé à jouer un rôle de plus en plus déterminant dans l'issue de la guerre. On estimait que les industries civiles, les centres de transport, voire la population civile de l'adversaire soutenaient l'effort de guerre et constituaient donc des cibles militaires, car les États ont interprété le concept de nécessité militaire plus largement, au détriment des exigences d'humanité. Bien que l'Assemblée de la Société des Nations ait proclamé dès 1938 que « le bombardement intentionnel des populations civiles est illégal », les expériences douloureuses de la Seconde Guerre mondiale ont montré comment la vie entière de l'État ennemi pouvait être prise pour cible. L'intention était d'affaiblir, du moins indirectement, les forces militaires de l'ennemi en sapant le moral de l'ensemble de la population ennemie.

L'augmentation du nombre de conflits armés non internationaux au cours de la seconde moitié du siècle dernier a encore accru la nécessité de protéger les populations civiles, contraintes de prendre parti et soupçonnées d'aider l'une ou l'autre des parties à un conflit.

L'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949, adopté après la Seconde Guerre mondiale, a introduit la notion contemporaine de « participation directe aux hostilités ». Selon la nature et le degré de la participation d'une personne aux hostilités, cette participation peut être qualifiée de « directe » ou d'« indirecte ». Les deux Protocoles de 1977 additionnels aux Conventions de Genève et relatifs aux conflits armés internationaux et non internationaux ont renforcé la protection accordée à la population civile en réaffirmant que les personnes civiles sont protégées contre les attaques « sauf si elles participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation ». Une « participation indirecte », comme un simple soutien politique ou une sympathie pour une partie en guerre, ne justifie pas une attaque car elle ne constitue pas une menace effective, ni n'inflige de dommage à l'adversaire. Inversement, ladite interdiction d'attaquer ne devrait pas être utilisée pour protéger un objectif militaire, et la simple présence de civils ne retire pas nécessairement à un objectif son statut d'objectif militaire légitime. Afin d'épargner la population civile, toutes les parties à un conflit doivent prendre des mesures de précaution de façon à réduire au minimum les pertes accidentelles en vies humaines.

Dans les situations de conflit armé international, les individus qui n'appartiennent pas à une partie au conflit et qui agissent de façon simplement spontanée, sporadique et non organisée – contrairement aux résistants organisés qui prennent les armes dans une situation d'occupation – perdent la protection dont ils jouissent en tant que civils. Alors que dans les conflits armés entre États, les civils sont des personnes qui n'appartiennent plus à leurs forces armées respectives, il n'existe aucune définition des civils dans les conflits armés non internationaux. Du côté des forces gouvernementales, une définition comparable à celle qui prévaut dans les conflits armés internationaux pourrait en être tirée,

mais les groupes armés d'opposition n'ont pas de statut d'appartenance formel et leurs membres évitent d'être identifiés comme tels. Par conséquent, l'application de cette règle supposerait qu'une attaque menée contre les membres d'un groupe armé d'opposition ne serait licite que « pendant la durée de leur participation aux hostilités », alors qu'une attaque contre les membres des forces du gouvernement serait licite en tout temps. Ce déséquilibre et cette violation du principe d'égalité de traitement ne peuvent être évités que si les membres des groupes armés d'opposition – comme les membres des forces armées de l'État – sont exclus de la catégorie des civils et perdent la protection dont ils jouissent s'ils occupent une fonction de combat permanente.

La licéité d'une attaque contre des civils dépend de leur propre conduite dans les hostilités. Il convient donc de déterminer en quoi consiste une « participation directe aux hostilités » et de définir sa durée précise. Le *Guide interprétatif relatif au concept de « participation directe aux hostilités » en droit international humanitaire*, publié dans ce numéro de la *Revue*, vise à clarifier la notion de participation directe aux hostilités dans les conflits armés internationaux et non internationaux en droit international humanitaire. Premièrement, il définit clairement qui peut être considéré comme « civil » aux fins du principe de distinction. Deuxièmement, il définit les éléments constitutifs d'une conduite équivalant à une « participation directe aux hostilités » pour un civil et, enfin, il énonce les conditions déterminant la perte de la protection contre les attaques directes qui découle de cette participation.

D'autres articles sur des sujets associés aident à illustrer la signification et les conséquences de cette règle importante qui détermine, par une distinction en négatif, qui jouit de l'immunité contre les attaques et doit être protégé en toutes circonstances. Les personnes concernées correspondent au sens étymologique effectif du mot « innocent », dérivé du préfixe de négation général *in-* et du latin *nocere* (faire du mal).

Toni Pfanner
Rédacteur en chef

Interview de Sergio Jaramillo Caro*

Actuellement vice-ministre de la Défense de la Colombie, M. Sergio Jaramillo Caro a étudié la philosophie et la philologie à l'université de Toronto (Trinity College) et à l'université d'Oxford (Corpus Christi College). Il est titulaire d'une maîtrise en philosophie (M. Phil.) de l'université de Cambridge et a été candidat au doctorat de grec à l'université d'Heidelberg, en Allemagne. Il a été conseiller du Ministère colombien des affaires étrangères, responsable du projet «Diplomatie pour la paix» (2000-2001), puis conseiller politique de l'ambassade de Colombie en France (2001-2002). Il a également été conseiller aux Affaires politiques et stratégiques auprès du ministère colombien de la défense (2002-2003) et a rédigé le projet de la politique du gouvernement en matière de sécurité démocratique. De 2004 à 2006, il a été directeur de la Fondation pour la Paix (Fundación Ideas para la Paz), à Bogotá.

.....

La participation des civils aux conflits armés modernes ne cesse de s'accroître tandis que de plus en plus de civils sont directement touchés par des conflits.

En effet. On sait bien que, dans nombre de conflits armés contemporains, un soldat se trouvera de moins en moins souvent impliqué dans un combat conventionnel, mais sera fort probablement amené à opérer « au sein de la population », pour reprendre la formule de Sir Rupert Smith. Les opérations menées dans un tel contexte présentent des difficultés considérables, nettement sous-estimées jusqu'ici par les commentateurs académiques. Il est évident que la population civile ne peut jamais être l'ennemi et que nous devons tout faire pour la protéger. Cela étant, où se situe la ligne de démarcation entre les « civils » et les « combattants » ? La question est extrêmement délicate, spécialement quand l'ennemi use et abuse de la population civile pour atteindre ses propres fins.

* L'interview a été réalisée le 11 décembre 2008 par Toni Pfanner, rédacteur en chef de la *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Nils Melzer, conseiller juridique au CICR et principal auteur du document intitulé *Guide interprétatif relatif au concept de « participation directe aux hostilités » en droit international humanitaire*, et Kathleen Gibson, assistante de rédaction.

La version anglaise a été publiée dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N° 872, décembre 2008, pp. 823-833

Quel est l'effet d'une telle évolution sur la Colombie ?

À bien des égards, l'expérience colombienne a préfiguré certains des problèmes rencontrés aujourd'hui dans l'application du droit international humanitaire. Permettez-moi de vous citer deux exemples pour illustrer mon propos. Premièrement, il est bien connu que toutes les situations de conflit ont une dynamique et que les gens modifient leur comportement pour des raisons stratégiques. Si, de prime abord, tout peut vous paraître assez clair, un peu plus tard, vous vous découvrez face à une situation différente, et vous ne savez plus exactement quelles sont les règles. Prenez le cas des FARC (*Fuerzas armadas revolucionarias de Colombia* / Forces armées révolutionnaires de Colombie). Il y a six ou huit ans, nous n'avions pas besoin de trop réfléchir pour savoir qui les FARC étaient vraiment. Relativement faciles à identifier, leurs hommes opéraient en larges formations, étaient en uniforme et portaient des fusils d'assaut. Ce qu'il y a de curieux, de paradoxal, c'est que plus vous réussissez à améliorer la sécurité, plus il devient difficile d'établir une distinction entre civils et combattants. Pourquoi ? C'est que les combattants perdent leurs « marqueurs » – ils ne portent plus d'uniforme, cachent leurs armes et se déplacent en petits groupes. De fait, les FARC ont interdit à leurs fronts d'opérer en formations de la taille d'une compagnie.

En même temps, ayant perdu un nombre record de combattants par suite de désertions (au nombre de plus de 3 000 l'an dernier) et de captures, les FARC ont dû engager bien davantage leurs milices de soutien dans un rôle de combat. Il devient donc plus difficile de savoir qui appartient et qui n'appartient pas à la « structure combattante », et il est d'autant plus problématique de se prononcer sur la question de la « participation directe » des civils aux hostilités.

L'autre exemple est encore plus saisissant. Beaucoup de groupes armés défient aujourd'hui la logique traditionnelle du droit international humanitaire. Comme toute entreprise criminelle, les trafiquants de drogues ont mis en place leurs propres structures de protection. Il existe donc en Colombie toute une série de ce que nous appelons des « bandes de criminels » : ce sont en fait des groupes armés qui sont entraînés et financés par les trafiquants pour protéger leurs laboratoires, leurs routes d'acheminement, etc. Certains de ces groupes se déplacent en nombre ; armés de fusils d'assaut, ils recrutent des hommes ayant une formation militaire et ils semblent obéir à une chaîne de commandement. Dans une telle situation, un pays comme la Colombie (ou tout autre pays) dispose *de facto* d'une seule option : employer la force militaire contre ces groupes quand leurs capacités dépassent celles de la police. Êtes-vous, pour autant, en conflit armé avec eux ? Assurément, ces groupes défient la souveraineté de l'État en essayant de contrôler un territoire pour protéger leurs routes d'acheminement. Par contre, ils n'ont absolument aucune idéologie et rien ne permet de dire qu'en termes de droit international humanitaire, ils sont « Partie » à quoi que ce soit (leurs propres intérêts criminels étant seuls en jeu). Le même phénomène s'observe actuellement dans le nord du Mexique, où la situation est même plus grave. Les cartels mexicains disposent de groupes d'hommes nombreux, extrêmement bien armés et entraînés (quelques-uns d'entre eux ont même participé aux conflits du passé

en Amérique centrale), qui mènent une guerre perfide pour prendre le contrôle des principales routes de la contrebande vers les États-Unis. La police mexicaine est impuissante et le gouvernement a dû faire appel à l'armée.

Diriez-vous que de telles situations sont des « conflits armés » ?

Je pense que nous devrions bien moins nous préoccuper de savoir si, d'un point de vue politique, de telles situations sont à qualifier de conflits armés, et scruter davantage le comportement des groupes armés, pour tenter d'établir s'ils remplissent ou non certaines conditions. Ont-ils un certain niveau d'organisation ? Dans leurs opérations, font-ils usage d'une force qui *de facto* ne peut être contrée que par la force militaire ? Nous devrions par ailleurs nous assurer que la population bénéficie de la protection du droit international humanitaire lorsque nos forces armées sont engagées dans des opérations offensives. Au lieu de nous enliser dans un débat politique visant à établir si telle ou telle situation constitue ou non un conflit armé, il me semble plus facile de traiter le problème qui nous préoccupe en nous attachant à clarifier des critères objectifs pour l'application du droit international humanitaire et en nous assurant que la protection prévue est effectivement octroyée. Bien sûr, nous avons également besoin de mesures de sauvegarde pour éviter que certains pays puissent s'autoriser à faire un usage libéral de leurs forces armées, alors qu'ils sont confrontés à un problème qui ne relève que de la police. Cela dit, et tout au moins dans le cas de la Colombie, il arrive parfois que le seul moyen à disposition pour reconquérir notre souveraineté dans chaque portion de notre territoire consiste à engager une opération militaire qui crée les conditions de sécurité nécessaires pour que la primauté du droit puisse prévaloir. L'appareil judiciaire ne peut fonctionner que lorsque la sécurité est suffisante.

Juridiquement, néanmoins, il pourrait s'agir d'un conflit armé, le droit international humanitaire ne tenant pas compte des raisons pour lesquelles les hostilités sont engagées. L'acteur non étatique peut combattre au nom du communisme, du capitalisme, du libéralisme ou de n'importe quelle idéologie. En conséquence, c'est bien un conflit armé qui pourrait être livré contre des trafiquants de drogue ou d'autres criminels organisés, dans la mesure où ces groupes remplissent les critères objectifs définis.

Peut-être sommes-nous d'accord sur une qualification juridique qui encourage l'application du droit international humanitaire. Il convient toutefois de rester attentif aux conséquences politiques et stratégiques pouvant découler de cette qualification. Ainsi, plutôt que de déclarer qu'il s'agit bien d'un conflit armé, il importe de pouvoir dire : « ceci est le type de force que je dois employer parce que les critères définis sont remplis ».

Il me semble que cela tient à deux raisons. Tout d'abord, dans ce genre de situation, ce à quoi vous vous employez vraiment consiste bien moins à affronter un ennemi qu'à rétablir la primauté du droit. Vous voulez remporter la bataille de la gouvernance, vous voulez montrer que vous êtes l'autorité légitime. Et l'opposition peut être un groupe armé, animé de quelques restes

d'idéologie, comme elle peut être une petite bande de trafiquants de drogue dotée d'un bras militaire, ou un mélange des deux. C'est de plus en plus au second type d'opposition qu'il vous faudra faire face. En ce sens, il est sans intérêt de savoir si vous appellerez cela « un conflit » – la vérité, c'est qu'en pratique, vos opérations militaires rendent possible l'application de la loi.

Faites-vous référence à des situations où l'armée est essentiellement engagée dans des actions de maintien de l'ordre et ne se trouve pas clairement en situation de combat ?

Non, j'estime qu'il existe un continuum. L'emploi de la force militaire pure se situe à une extrémité, les activités normales de maintien de l'ordre à l'autre extrémité. L'armée opère là où les organismes chargés de faire respecter la loi n'ont pas la capacité de déjouer la menace militaire que font peser les opposants, certaines situations pouvant alors être proches du combat. Cela dit, il n'est pas toujours facile, dans la pratique, d'établir une distinction. Que font les diverses troupes qui traquent aujourd'hui Al-Qaïda en Afghanistan ? Sont-elles engagées dans des activités de maintien de l'ordre contre des terroristes ou sont-elles dans une fonction de combat ? Et y a-t-il vraiment une différence entre les deux ?

Des critères autres que juridiques sont-ils d'égale importance ?

Oui. De fait, pour des raisons politiques évidentes, beaucoup de pays hésiteraient à parler d'un « conflit armé » dans une situation comme celle que vous avez décrite. Cela pourrait en effet créer des incitations perverses et c'est là le deuxième point que je voulais préciser. Si quiconque est capable d'enrôler 300 jeunes hommes et de leur mettre un fusil d'assaut dans les mains devient *de facto* un acteur politique, une « partie » à un conflit, avec tous les privilèges que cela confère, alors vous risquez fort de créer des incitations perverses. Certaines organisations du crime organisé commenceront à lever des armées pour obtenir réellement un statut « politique » et résoudre leurs problèmes juridiques par le biais de la négociation. Ce n'est pas là qu'une simple hypothèse. C'est exactement ce qui s'est passé en Colombie en 2005, quand le gouvernement a négocié avec les groupes paramilitaires pour obtenir leur démobilisation. Les gros trafiquants de drogue du cartel du *Norte del Valle* ont commencé à lever des armées et à utiliser des sigles inconnus jusqu'alors pour « glisser le pied » dans la porte des négociations. En fin de compte, vous aurez démultiplié le problème au lieu d'en réduire l'ampleur.

Prenez également le problème sous l'angle des obligations du CICR. Les délégués du CICR vont-ils commencer à visiter des trafiquants de drogues en prison, pour la simple raison que ceux-ci entretiennent des armées de mercenaires ? Ce serait un peu bizarre, ne pensez-vous pas ?

Observe-t-on des changements dans la manière dont les acteurs non étatiques se comportent vis-à-vis des civils ?

Le cas des FARC, mentionné plus haut, est un bon exemple. La structure traditionnelle de ces forces armées consiste en un noyau armé de combattants,

rassemblés dans ce qu'ils nomment des « fronts ». Autour d'eux, se trouvent deux ou trois différents cercles de milices qui, traditionnellement, assument des fonctions de logistique et de renseignement. Il s'est passé la chose suivante : plus le centre (le noyau armé) s'est affaibli, plus les FARC ont dû recruter des hommes au sein de leurs propres structures élargies. Ainsi, les membres de ce qui constituait essentiellement des milices de soutien civiles ont rejoint les forces combattantes. Certains ont été « enrôlés » ; d'autres ont reçu des fonctions de caractère toujours plus militaire, consistant, par exemple, à installer des champs de mines à mesure que les troupes progressent ou à utiliser des tireurs isolés pour harceler l'armée. Par conséquent, comme je l'ai mentionné, la ligne de démarcation est devenue bien plus floue et la situation bien plus imprécise. Il est d'autant plus difficile de répondre aux questions qui nous préoccupent : qui participe directement aux hostilités et qui constitue une cible légitime ?

La participation des civils aux hostilités peut se situer à différents niveaux. Vous avez dit que des individus se trouvent dans différents cercles (intérieurs et extérieurs) des FARC. Quelle est leur contribution à la situation de conflit ? Ceux des cercles extérieurs sont-ils considérés comme des membres des FARC, même si leurs relations sont assez lâches ? Comment définissez-vous la zone grise séparant les combattants totalement engagés dans un conflit armé et les personnes qui leur apportent un soutien ?

Permettez-moi de préciser quelques points, dont le premier est d'ordre général. Dans une situation difficile en termes de sécurité intérieure, comme celle que connaît la Colombie, il est évident que les groupes organisés en unités de combat clairement différenciées soulèvent le moins de questions. Certains problèmes se posent tout de même car lorsqu'ils se trouvent en face d'un ennemi qui les attaque, ces groupes n'obéissent pas toujours à ce que vous pourriez appeler une logique militaire classique. Nous avons des groupes comme l'ELN (*Ejército de Liberación Nacional*) qui prétendent avoir une idéologie, qui sont organisés et qui possèdent clairement une chaîne de commandement, mais qui s'efforcent d'éviter toute confrontation avec l'armée. En ce moment, ces groupes se préoccupent bien davantage de leurs affaires (le trafic de drogue) et ont pour souci principal de garder le contrôle sur certaines petites zones reculées du pays où ils maintiennent leur présence.

Une situation typique, en Colombie, verrait une unité de l'armée arriver au point A, dans une région du pays faiblement peuplée. Nous dirons que cette unité va tenter de progresser par voie terrestre pour parvenir au point C, dans les montagnes où, selon les renseignements en possession de l'armée, un camp des FARC a été établi. Ce schéma correspond à un exemple plus ou moins réel. Afin d'atteindre le point C, l'unité devra passer par le point B, une vallée où sont dispersés quelques petits villages et hameaux. Les FARC y disposent d'un grand nombre de milices qui opèrent comme une sorte de réseau de renseignement chargé de donner l'alerte. Les FARC feront en sorte que ces milices lancent la première attaque contre l'unité de l'armée ; des champs de mines seront installés par les miliciens le long du chemin emprunté par les militaires, également

harcelés par des tireurs embusqués. En fait, les FARC placent les milices dans une fonction de combat, ce qui soulève de graves problèmes juridiques.

Considéreriez-vous ces miliciens comme des membres des FARC et pourraient-ils constituer des cibles légitimes d'attaques ?

Oui, ces miliciens pourraient raisonnablement être considérés comme des membres des FARC. Mais ce n'est pas uniquement une question d'appartenance ou d'organisation. Les milices sont organisées et elles savent qui elles sont. Imaginons que la question de l'appartenance soit résolue et que nous puissions établir avec certitude que ces miliciens sont membres des FARC. Cela dit, rechercher ces gens et les tuer n'est peut-être pas ce qui sert au mieux nos intérêts. Et c'est là que nous butons sur deux questions difficiles : comment réglementer l'emploi de la force et comment employer la force contre le groupe qui vous attaque ?

Je voudrais, à ce stade, revenir en arrière et poser une question plus fondamentale : quel est vraiment notre propos ici ? Permettez-moi de me répéter et de vous dire que, pour nous, en Colombie, tout l'enjeu consiste à rétablir la primauté du droit. L'emploi de la force doit donc être adapté au but visé. Il s'agit tout d'abord de trouver des manières de capturer les opposants, compte tenu de la zone dans laquelle ils se trouvent et des armes en leur possession. J'utilise souvent l'exemple suivant : des membres des FARC progressent au milieu d'un parc national, où ils conduisent des opérations militaires dirigées contre vous ; vous pouvez leur tendre une embuscade et les capturer. Juridiquement, cela semble ne poser aucun problème si les principes fondamentaux du droit international humanitaire sont respectés. Or, si ces mêmes membres des FARC entraient dans un village pour mener une opération de renseignement, j'ai intuitivement le sentiment qu'il serait clairement inacceptable de dépêcher sur place une unité de l'armée dans le seul but de les abattre. Si vous pouvez les capturer, faites-le !

En fin de compte, il semble que ce qu'il convient de faire, c'est de moduler le principe de la nécessité militaire, qui est à la base du droit international humanitaire, en y incluant un élément des droits de l'homme.

Dans le fond, ce que vous dites, c'est que le droit humanitaire – appelé aussi « droit des conflits armés » – permettrait d'aller plus loin qu'une règle de droit bien comprise ?

C'est cela, en effet.

Mais même les principes inhérents au droit international humanitaire – à savoir la nécessité militaire et la proportionnalité – exigent de moduler le comportement pendant les hostilités.

C'est vrai, mais comme chacun le sait, la proportionnalité signifie quelque chose de tout à fait différent en droit international humanitaire et en droit des droits de l'homme. Et, dans les concepts fondamentaux des droits de l'homme et du droit international humanitaire, ces différences sont non pas subtiles, mais essentielles. Tout dépend de la *logique* dans laquelle vous vous placez.

Nous arrivons à la question de la relation entre le régime du droit international humanitaire et le régime des droits de l'homme. Il est facile de faire des erreurs ici et de « prendre les choses dans le mauvais sens ». La position officielle, que nous avons faite publique dans la *Politique globale en matière de droits de l'homme et de droit international humanitaire* du Ministère de la défense, est la suivante : nous considérons le droit international humanitaire comme une *lex specialis* des droits de l'homme dans les situations où, principalement à cause du niveau et de l'organisation de la violence, vous devez conduire des opérations militaires offensives. Cela étant, nous avons également dit que nous reconnaissons pleinement que les obligations en termes de droits de l'homme restaient en vigueur. Telle est l'interprétation standard de ce que signifie le droit international humanitaire en tant que *lex specialis*, même si tous les pays n'y adhèrent pas.

Mais cette interprétation peut être portée un pas plus loin. Lors de l'application du droit international humanitaire dans les contextes que j'ai évoqués, je veux en fait – si cela est pratique et réalisable – mettre en œuvre le principe fondamental des droits de l'homme et donc m'assurer que je capture les opposants, au lieu de les tuer ou de les blesser. En effet, c'est là un moyen d'atteindre mon but, qui est de renforcer la primauté du droit. Dans l'exemple que je vous ai cité à propos des membres des FARC entrant dans un village, vous pourriez dire que le principe d'humanité du droit international humanitaire vous empêcherait tout aussi bien de simplement abattre ces gens. Cela est certainement vrai, mais le point plus fondamental, c'est que la logique qui guide mes efforts est une logique des droits de l'homme.

La Cour européenne et la Cour interaméricaine des droits de l'homme ne vont-elles pas dans cette même direction quand elles invoquent les droits de l'homme dans les situations de conflit ?

Pas tout-à-fait. L'application, par la Cour européenne, des normes des droits de l'homme aux situations de conflit, quelles que soient les conditions, me paraît être plus qu'un léger signe d'entêtement. Au milieu de situations de combat, vous ne pouvez pas prétendre traiter le problème comme vous le feriez si la situation était normale et tout mesurer à l'aune des normes des droits de l'homme (en posant des questions qui, par exemple, viseraient à établir où la bombe a été lâchée, où les troupes se trouvaient, etc.). Ce faisant, vous finissez par déformer et, à long terme, véritablement *affaiblir* l'ensemble du régime des droits de l'homme. Outre qu'elle est bien peu pratique, une telle approche est aussi dangereuse pour la protection des droits de l'homme. Voilà pourquoi je pense qu'il faut « prendre les choses dans le bon sens », c'est-à-dire appliquer le droit international humanitaire là où la violence atteint certains niveaux d'intensité et où les forces engagées possèdent une organisation de type militaire.

De la même façon, quand les hostilités atteignent un certain niveau d'intensité, la situation se caractérise nécessairement par un niveau correspondant d'ambiguïté. Vous devez donc utiliser le bon étalon et, là encore, c'est le droit international humanitaire qui constitue la norme de référence. Pour

nous, la question réellement difficile consiste à savoir comment agir non pas dans les contextes qui relèveraient clairement du droit international humanitaire ou des droits de l'homme, mais dans la zone grise entre ces deux corpus. Si notre politique de sécurité a reçu le nom de « politique de consolidation », c'est parce que nous voulons progressivement réduire le domaine d'application du droit international humanitaire, tandis que nous continuons à étendre et à renforcer la primauté du droit.

Au cours du processus, vous vous trouvez cependant confronté à des situations telles que celles que je vous ai décrites, avec des tireurs embusqués ou des miliciens envoyés en éclaireurs. Vous êtes alors face à un véritable défi. Là encore, la solution que nous avons trouvée ne consiste pas à tenter de résoudre la difficile question de la participation directe aux hostilités en termes d'appartenance ou de non-appartenance. Nous estimons qu'il convient d'examiner la signification, dans de tels contextes, du principe de « la nécessité militaire » et de le moduler avec le principe des droits de l'homme prescrivant que l'on s'efforce d'abord de capturer ou de démobiliser les opposants, la force létale n'étant utilisée qu'en dernier recours. Il ne s'agit pas seulement de théorie : c'est une instruction permanente, datée de décembre 2007, émanant du commandant général des forces armées colombiennes.

Certaines personnes ne participent pas nécessairement de leur plein gré aux hostilités et sont forcées de combattre, tandis que d'autres n'apportent qu'un soutien moral à l'ennemi. Prenons le cas du participant involontaire ou de la femme qui prépare de la nourriture pour son mari partant se battre le soir. Pouvons-nous dire que ces personnes « participent directement aux hostilités » ? Qu'en est-il du soutien moral ?

Il convient de procéder au cas par cas. Et là encore, ce qui importe, c'est de savoir ce que vous essayez de faire. Dans notre cas, dans notre pays, nous voulons renforcer la primauté du droit. Et nous avons un bureau du Procureur général extrêmement actif et rigoureux, qui voit la situation essentiellement à travers le prisme du régime des droits de l'homme et du système ordinaire de la justice nationale. En Colombie, il serait hors de question de considérer qu'une personne constitue une cible légitime pour la simple raison qu'elle prépare les repas d'un combattant. Il serait même difficile de prendre une personne pour cible au prétexte qu'elle fournit un appui logistique. Cela tient au fait qu'en raison du succès de la politique de sécurité, le domaine d'application du droit international humanitaire devient de plus en plus restreint en Colombie. Et il est bien qu'il en soit ainsi...

Comment impliquez-vous le pouvoir judiciaire dans le processus de distinction ?

L'enjeu consiste en fait à améliorer nettement la coordination avec l'appareil judiciaire et à faire en sorte d'avoir, à vos côtés, des procureurs qui travaillent avec vous. En Colombie, cela n'est pas facile, à cause de la taille du pays et de l'éloignement des zones d'opérations de l'armée. Pourtant, un tel appui est essentiel pour nous et, en fin de compte, il constitue la meilleure manière de

garantir que nous ne commettrons pas d'erreurs. Imaginez la situation suivante : l'armée colombienne est en opération dans une zone très reculée ; nous dirons que l'armée a reçu des informations de sources très fiables, selon lesquelles un certain nombre d'habitants d'un certain village appartiennent aux milices des FARC. Nous pourrions nous frapper la tête contre les murs en nous demandant si ces gens devraient ou non constituer un objectif militaire. Nous pourrions aussi choisir une bien meilleure solution, consistant à coordonner nos actions avec notre pouvoir judiciaire. Nous transmettons les informations au pouvoir judiciaire afin qu'il mène une enquête et nous arrêtons les personnes à arrêter. C'est en fait comme cela que nous procédons et nous nous efforçons de le faire de plus en plus souvent.

Dans une situation comme celle de l'Afghanistan aujourd'hui, où le pouvoir judiciaire fonctionne à peine, que faites-vous des gens envers qui vous ne pouvez pas engager des poursuites ? Comment voyez-vous l'implication du pouvoir judiciaire dans une telle situation, étant donné que toute action relève typiquement de l'exécutif ?

Il est vrai que la coordination avec le pouvoir judiciaire dans un cas comme celui de l'Afghanistan constitue un enjeu très différent. Néanmoins, vous voulez utiliser la pression de la situation sécuritaire précisément pour obtenir qu'une forme ou une autre de pouvoir judiciaire se mette en place et fonctionne. Sans cela, vous n'avez aucune issue, à moins que les troupes des États-Unis et de l'OTAN veuillent rester stationnées dans le pays pendant encore quelques dizaines d'années.

Il est spécialement urgent de disposer d'un pouvoir judiciaire qui fonctionne parce qu'il y a toujours un rapport direct entre l'efficacité du pouvoir judiciaire et les violations des droits de l'homme. Quand elles voient que l'appareil judiciaire fonctionne, les troupes et la police sont moins tentées de prendre l'administration de la justice dans leurs propres mains.

Cela dit, il n'est pas toujours facile de résoudre les problèmes pratiques de coordination. Les armées opèrent 24 heures sur 24 et 7 jours sur 7 (24/7, comme diraient les Américains). De leur côté, les procureurs sont généralement des fonctionnaires qui tendent par nature à éviter toute prise de risques et qui veulent passer le week-end en famille. C'est pour résoudre ces problèmes que nous avons créé ce que nous nommons des « structures d'appui ». Ce sont en fait des unités spéciales du bureau du Procureur général, hébergées dans les cantonnements de l'armée dans les zones que l'on pourrait encore qualifier de « rouges ». L'armée assure la protection des procureurs et assure un périmètre de sécurité quand la police judiciaire se déplace sur le terrain pour mener une enquête. Cela étant, le procureur conserve une autonomie totale. C'est toujours le procureur qui conduit les investigations, jamais l'armée. De fait, ce dispositif fonctionne très bien.

Permettez-moi de vous donner un exemple concret. Dans le nord-est du pays, à la frontière avec le Venezuela, se trouve le département de l'Arauca, à travers lequel passe un oléoduc très important. En 2001, au total, l'ELN et les FARC ont réussi à bombarder ce pipe-line à 170 reprises. Ils ont ainsi provoqué

l'arrêt de la production, ce qui a entraîné d'énormes pertes de revenus, spécialement pour le département dont le budget dépend en grande partie des royalties payées sur le pétrole. Bon, pourriez-vous dire : cette zone est très hostile, trop hostile pour être traversée par un pipe-line. Que faire ? Des troupes pourraient patrouiller en permanence le long du pipe-line et abattre quiconque tente de s'en approcher. Ce serait une solution. Vous pourriez également créer des unités spéciales du pouvoir judiciaire sur le modèle de nos « structures d'appui ». C'est ce que nous avons fait. Nous avons amené ces unités sur le terrain, dans des zones où elles ne pourraient pas opérer normalement parce que cela serait trop dangereux. Avec la protection de l'armée, les procureurs peuvent réellement commencer à travailler, à comprendre le mode opératoire des terroristes et à les déférer à la justice. Quand les procureurs commencent à procéder à des arrestations et à engager des poursuites, ils deviennent réellement une menace bien plus puissante que toute autre action que l'armée pourrait entreprendre. Résultat, si ma mémoire est bonne, après une année de fonctionnement de cette unité les attaques ont diminué, passant de 170 à une trentaine. Il existe donc des outils pratiques qui peuvent aider à résoudre le problème.

Du côté du gouvernement, également, il est difficile d'établir une distinction entre les forces combattantes (ou les personnes qui participent directement aux hostilités) et les personnes qui font aussi partie de l'armée mais ne sont pas dans une fonction de combat. On observe de plus en plus une sorte de privatisation des conflits armés qui est le fait des gouvernements. Dans la guerre en Irak, par exemple, l'Alliance a privatisé certaines fonctions de combat qui, désormais, ne sont plus exercées par l'armée mais par des sociétés militaires privées. Ainsi, sans être des combattants au sens juridique, leurs agents peuvent également participer directement aux hostilités. Percevez-vous une tendance visant à réduire les effectifs de l'armée et, en même temps, à conférer davantage de fonctions de combat aux civils ?

Non, assurément pas dans le cas de la Colombie. Nous ne sous-traitons rien de ce qui touche aux opérations de combat et même les fonctions de protection sont assumées par l'armée. Donc, du côté gouvernemental, la structure est restée stable.

D'accord, mais il arrive aussi que des paramilitaires participent directement à des situations de conflit.

Historiquement, en Colombie, pour ce qui est des paramilitaires (dont la démobilisation est aujourd'hui achevée), la situation s'est présentée sous deux aspects. D'une part, il existait ce que vous pourriez appeler l'action anti-insurrectionnelle, d'autodéfense, menée par des milices privées offrant une protection contre les enlèvements perpétrés par la guérilla dans les zones rurales. Cette action-là s'est elle-même rapidement transformée en une espèce de racket de la protection et elle englobait un trafic de drogue de nature purement criminelle. Comme cela se passe toujours, ce sont les activités criminelles qui avaient tendance à prendre la haute main sur le reste.

Vous pouvez établir un bon parallèle entre la situation en Colombie pour ce qui est des paramilitaires et la situation en Irlande du Nord à laquelle le Royaume-Uni a dû faire face (à noter cependant que l'ampleur du problème était bien différente). L'armée britannique essayait de vaincre l'IRA (Armée républicaine irlandaise), organisation paramilitaire contre laquelle les milices loyalistes combattaient, elles aussi. Cela a causé pas mal de problèmes à l'armée britannique. Ce type de structure tripartite est également ce que nous avons eu en Colombie. Bien sûr, quoi que vous fassiez, vous vous exposez à des accusations de connivences entre l'armée et les paramilitaires (car il se trouvera toujours quelqu'un pour prétendre que les deux forces combattent « main dans la main »). Mais nous avons négocié la démobilisation des milices, ce qui n'a vraiment pas été facile : les chefs étaient devenus de véritables seigneurs de guerre dans leurs zones respectives et ils détenaient le plus odieux record en termes d'atrocités commises. Je pense que nous avons accumulé ces six dernières années suffisamment de preuves de paramilitaires tués au combat ou capturés pour montrer que ces forces ont été sérieusement traquées par l'armée.

Le but de tout gouvernement n'est-il pas de détenir le monopole du pouvoir ?

Si, absolument. Fondamentalement, ce que vous essayez de faire, c'est de faire respecter le droit de tous vos citoyens à être protégés. La Politique de sécurité démocratique du gouvernement colombien (dont découlent les directives du Ministère de la défense) est centrée sur la protection de la population ainsi que sur le renforcement de la primauté du droit, considéré comme l'instrument le plus efficace pour garantir cette protection. Les théoriciens constitutionnels vous diront (à juste titre, sans doute) que si vous ne pouvez même pas garantir le droit à la vie, vous ne disposez d'aucune base sur laquelle vous pourriez bâtir un système adéquat de protection des droits. En tout état de cause, l'essentiel est que l'État montre à ses citoyens qu'il peut « délivrer », qu'il les protégera et qu'eux-mêmes, à leur tour, lui devront allégeance.

Dans des situations où l'État est quasiment non existant (comme en Somalie, par exemple), les milices en viennent à assumer les fonctions de l'État. Peut-on dire que plus l'État est faible, plus les milices sont fortes ?

Oui, absolument. Vous pourriez dire qu'il existe une relation directe entre ces deux éléments. En fin de compte, la protection est ce qui compte le plus. D'une part, vous avez des gens qui réclament pour eux-mêmes le droit d'être protégés (arguant qu'ils ne sont pas protégés par l'État). Il vous faut donc montrer aux gens que vous pouvez les protéger. D'autre part, il y a ce que vous pourriez appeler le « troisième vecteur », qui implique un élément criminel, certaines formes de crime organisé, y compris le trafic de drogue, et qui a besoin de mettre en place ses propres moyens de protection pour mener ses activités avec succès. Ces organisations criminelles doivent développer leurs propres mécanismes de protection afin de pouvoir, notamment, empêcher d'autres acteurs de s'emparer de leurs affaires illégales. À moins que, dans les pays qui sont menacés par ce genre de structures du crime organisé, l'État ait le monopole

de l'emploi de la force et fasse respecter la primauté du droit, il existe un risque très sérieux de voir apparaître toutes sortes de milices réclamant pour elles-mêmes le droit à la protection et/ou protégeant des organisations criminelles. En matière de sécurité, si vous laissez un vide se créer, d'autres ne manquent pas de s'y engouffrer.

Quelle utilité pourrait avoir, pour les forces opérationnelles, un document de référence sur la distinction civils/participants? Voyez-vous un intérêt potentiel pour les forces armées à disposer d'éléments pouvant être introduits dans les règles d'engagement et les manuels?

Plus la situation devient difficile à qualifier, plus l'armée a besoin d'orientations. Au Ministère colombien de la défense, après les succès remportés sur le plan de la sécurité au cours des cinq ou six dernières années, nous avons procédé au réexamen de toute notre formation en droit international humanitaire et en droits de l'homme (de manière à vérifier que notre enseignement est conforme à la nouvelle situation sur le terrain). Sous l'égide du ministre Santos, nous avons élaboré une nouvelle politique afin d'adapter notre emploi de la force à ces situations particulières, dites « grises ». Nous publierons prochainement un nouveau manuel de droit opérationnel (une première, en Colombie) pour aider nos commandants et nos conseillers juridiques sur le terrain à se frayer un chemin dans la jungle que constitue le système juridique colombien.

Un commandant ou un soldat sur le terrain doivent recevoir le plus possible d'orientations car, pour eux, bien souvent, les choses ne sont pas très claires. Tout cela est très injuste car ce sont eux qui doivent mener les actions difficiles et parfois commettent des erreurs. Ce sont eux qui paient et non les commandants, plus haut dans la hiérarchie, ni les responsables politiques. Je pense donc qu'il est extrêmement important de mettre au point des outils adéquats. Cela dit, les outils que nous préparons seront-ils adaptés aux situations sur le terrain? Toute la difficulté est là. J'ai moi-même certains doutes, car ce que nous voyons aujourd'hui sur le terrain en Colombie semble réellement porter le régime du droit international humanitaire à ses limites. Il y a une discordance entre les concepts (celui de « partie à un conflit », etc.) et la réalité sur le terrain : les organisations criminelles qui y opèrent disposent d'une force militaire à laquelle il est impossible de s'opposer en s'aidant simplement des outils de la force publique.

Le Guide interprétatif du CICR, cela dit, est clairement conçu pour un tel contexte et ne devrait s'appliquer que dans les situations de conflit armé. Il ne peut pas traiter toutes les questions et il n'est pas destiné à aborder les questions de maintien de l'ordre.

Assurément, mais s'il ne se renouvelle pas, de manière à tenir compte des changements objectifs intervenus sur le terrain, le droit international humanitaire risque de perdre sa pertinence parce qu'il ne sera plus à même d'offrir des orientations adéquates. J'estime qu'il est très important de s'engager dans ce genre d'exercice afin que le droit international humanitaire reste pertinent.

Différents pays, en dehors de la Colombie, sont contraints d'utiliser la force armée quand ils sont confrontés à certains types de menaces militaires. Mais, là encore, ce caractère militaire ne correspond pas nécessairement à la description traditionnelle du droit international humanitaire dans toutes les situations. Et si le *Guide interprétatif* est déconnecté de la réalité, à quoi pourrait-il bien servir ?

Je pense qu'il y a dans le monde d'aujourd'hui quelque chose de très injuste dans la manière dont les militaires sont utilisés. Ils sont mis dans des situations pour lesquelles ils ne sont pas faits. Historiquement, un soldat n'était entraîné qu'à tuer l'ennemi qui lui faisait face. Les militaires se trouvent maintenant dans des situations bien moins claires et ce sont eux qui doivent porter tout le poids des décisions. Et si des erreurs sont commises, c'est leur tête qui sera coupée.

Il y a sûrement certaines choses à faire : améliorer la formation et l'adapter à des situations proches de la vie réelle, introduire des règles d'engagement adéquates, etc. Et nous insistons sur la valeur stratégique de toute action visant à restreindre et à contrôler de manière appropriée l'emploi de la force, spécialement dans le cas de la force létale. Il faut en effet éviter d'aller à l'encontre des buts mêmes du rétablissement de la primauté du droit. Néanmoins, les militaires doivent réellement être très « matures » pour que cette approche soit assimilée par chacun d'eux, jusqu'au dernier, alors qu'ils affrontent jour après jour des situations extrêmement tendues et dangereuses. Voyez ce qui se passe avec les pertes civiles en Afghanistan : à moins de modifier leur façon d'agir, les États-Unis et l'OTAN semblent se diriger vers une défaite stratégique. Et pourtant, obtenir un changement de comportement de leurs soldats ne sera pas chose facile.

En tout état de cause, je pense que les soldats doivent recevoir toute l'aide dont ils ont besoin. Nous devons nous assurer que les instructions et la formation que nous leur donnons sont réellement et suffisamment adaptées à la réalité du terrain, qu'elles sont pertinentes dans les situations qu'ils vivent chaque jour. Il me semble que c'est en cela que réside la clé du succès.

REVUE INTERNATIONALE de la Croix-Rouge

Photo de couverture :
©Musée international de la Croix-Rouge
et du Croissant-Rouge

Présentation des manuscrits

La *Revue internationale de la Croix-Rouge* sollicite des articles sur des sujets touchant à la politique, à l'action et au droit international humanitaires. La plupart des numéros sont consacrés à des thèmes particuliers, choisis par le Comité de rédaction, qui peuvent être consultés sur le site web de la *Revue* dans la rubrique «Thèmes traités dans les numéros de la *Revue* à venir». Les contributions portant sur ces sujets sont particulièrement appréciées.

Les articles peuvent être rédigés en anglais, arabe, chinois, espagnol, français et russe. Les articles choisis sont traduits en anglais, si nécessaire.

Les articles ne doivent pas avoir été publiés, présentés ou acceptés ailleurs. Ils font l'objet d'un examen collégial; la décision finale de les publier est prise par le rédacteur en chef. La *Revue* se réserve le droit d'en réviser le texte. La décision d'accepter, de refuser ou de réviser un article est communiquée à l'auteur dans les quatre semaines suivant la réception du manuscrit. Les manuscrits ne sont pas rendus aux auteurs.

Les manuscrits peuvent être envoyés par courriel à :
review.gva@icrc.org

Règles de rédaction

L'article doit compter entre 5000 et 10 000 mots. Les textes plus courts peuvent être publiés dans la section «Notes et commentaires».

Pour de plus amples informations, veuillez consulter les Informations à l'intention des auteurs et les Règles de rédaction, notes de bas de page, citations et questions de typographie sur le site web de la *Revue* :
www.icrc.org/fre/revue.

La *Revue* est publiée en anglais et paraît quatre fois par an, en mars, juin, septembre et décembre.

Une sélection annuelle d'articles est également publiée au niveau régional en arabe, chinois, espagnol, français et russe.

Les articles publiés dans la *Revue* sont accessibles gratuitement en ligne sur le site : www.icrc.org/fre/revue

Sélection française

La sélection française paraît une fois par an. Son contenu rassemble une sélection d'articles parmi ceux figurant dans les quatre numéros annuels* de la *Revue internationale de la Croix-Rouge* qui est publiée en anglais. Le tirage est limité. La sélection française est distribuée à des institutions et organisations choisies. Une distribution plus large dépend des disponibilités.

Les demandes pour la sélection française peuvent être envoyées à l'adresse suivante :
Comité international de la Croix-Rouge (CICR)

Production, Multimédia et Distribution
Avenue de la Paix 19
CH - 1202 Genève, Suisse
Fax: +41 22 730 27 68
Courriel: shop.gva@icrc.org
www.icrc.org/fre/shop

©cicr

L'autorisation de réimprimer ou de republier un texte publié dans la sélection française doit être obtenue auprès du rédacteur en chef. Les demandes sont à adresser à l'équipe éditoriale.

Equipe éditoriale

Rédacteur en chef: Toni Pfanner
Assistante de rédaction:
Carolin Wuerzner
Assistante de publication:
Claire Franc Abbas

Revue internationale de la Croix-Rouge
Avenue de la Paix 19
CH - 1202 Genève, Suisse
Tél: +41 22 734 60 01
Fax: +41 22 733 20 57
Courriel: review.gva@icrc.org

* Exceptionnellement, ce numéro propose également une sélection de la *Revue* de décembre 2007.

Sélection française 2008

Volume 90 Sélection française 2008

Une nouvelle menace confessionnelle au Moyen-Orient ?

Joost Hiltermann

L'Islam comme référence des groupes politiques et sociaux en Irak

Pierre-Jean Luizard

Justice en suspens : responsabilisation et reconstruction sociale en Irak

Eric Stover, Miranda Sissons, Phuong Pham et Patrick Vinck

L'occupation en Irak depuis 2003 et les pouvoirs du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies

Robert Kolb

La traversée du désert – le CICR en Irak : analyse d'une opération humanitaire

Daniel Palmieri

Neutralité, impartialité et indépendance : la clé de l'acceptation du CICR en Irak

Karl Mattli et Jörg Gasser

La sanction dans un meilleur respect du droit humanitaire : son efficacité revisitée

Anne-Marie La Rosa

Groupes armés, sanctions et mise en œuvre du droit international humanitaire

Anne-Marie La Rosa et Carolin Wuerzner

Droits de l'homme et droit humanitaire : des affinités électives ?

Cordula Droege

Les transferts de détenus : le cadre juridique, le non-refoulement et les enjeux actuels

Cordula Droege

Le droit de l'occupation militaire à l'épreuve du droit des droits de l'homme

Danio Campanelli

L'articulation du droit de l'occupation et des droits économiques, sociaux et culturels : les exemples de l'alimentation, de la santé et de la propriété

Sylvain Vité



CICR

ISSN 1560-7755
0975/001

www.icrc.org/fre/revue

REVUE INTERNATIONALE de la Croix-Rouge

